Die

Lehre von dem Besitze,

nach

den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz.

Von

Dr. J. Rüttimann.

Sonderabdruck aus der Zeitschrift für schweiz. Recht Bd. VIII.

Basel,

Bahnmaier's Buchhandlung (C. Detloff).

1859.

Die Lehre von dem Besitze,
nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz.

Einleitung.

§. 1.

Besitz und dingliches Recht (Eigenthum und dingliche Rechte an fremden Sachen zusammengefaßt) sind die beiden Pole, zwischen denen das ganze Sachenrecht gewissermaßen gravitirt. Es ist vielfach darauf hingewiesen worden, daß die Unterscheidung zwischen Besitz und Eigenthum um ihrer Feinheit willen nur von einem in der Civilisation bedeutend vorgeschrittenen Volke erfaßt werden könne und daß die modernen Völker dieselbe den Römern entlehnt haben.[1]) Noch mehr: Nicht nur streitet man sich über die Bedeutung der germanischen Gewere, sondern man ist bis zur Stunde noch immer nicht darüber einig geworden, ob der Besitz, wie er unter dem Einflusse des Römischen Rechtes in der Gegenwart aufgefaßt wird, ein rein thatsächliches oder ein Rechtsverhältniß oder aus Thatsache und Recht gemischt sei.[2]) Ja sogar die Definirung des Eigenthums scheint ein viel schwereres Stück Arbeit zu sein, als man sich früher dachte. Nachdem man zu der Einsicht gelangt war, daß es nicht angehe, das Eigenthum durch Aufzählung der einzelnen in ihm enthaltenen Befugnisse zu be-

---

[1]) *D'Espinay*, de l'influence du droit canonique sur la législation française, S. 84. Bluntschli, Staatslexikon, III. 299.

[2]) Bruns, das Recht des Besitzes, S. 414 ff. Leuenberger, Vorlesungen, I. 387 f. Rotteck und Welker, Staatslexikon, II, Besitz u. s. f.

schreiben, hatte die Bezeichnung des Verhältnisses als einer durch das Recht geschützten totalen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache eine Zeit lang allgemeinen Beifall gefunden, bis man auf einmal die Entdeckung machte, daß es mit der totalen und ausschließlichen Herrschaft des Eigenthümers einer von einem Veräußerungsverbote betroffenen, für eine unerschwingliche Schuld verpfändeten und mit Servituten aller Art beladenen Sache nicht weit her sei. Einige ließen nun bloß das Merkmal der Ausschließlichkeit weg [1]) und beruhigten sich im Uebrigen mit Paulus und Julianus bei dem Gedanken, non falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Andere erblickten das Charakteristische des Eigenthums in seiner willkührlich bestimmbaren Unbestimmtheit [2]), oder sie fanden, daß sein Begriff „mit einer „Subject-Objectivirung vergesellschaftet sei", d. h. „daß es „sowohl der Form als der Materie nach für sich bestehe und „ohne einer Selbstthätigkeit von unserer Seite zu bedürfen, „ohne von einer ihren Centralpunkt bildenden Persönlichkeit „abhängig zu sein, fortdaure, d. h. unter den Begriff der „Substanz falle." [3])

Man kann sich kaum darüber verwundern, daß in der neusten Zeit einzelne Schriftsteller, erschrocken über diese transcendental-philosophische Auffassung des Eigenthums, den Inhalt desselben wieder mehr nach Art der ältern Juristen im Einzelnen zu bestimmen versucht haben [4]), wiewohl nicht einzusehen ist, warum nicht fernerhin der Begriff einer totalen und ausschließlichen Herrschaft zum Grunde gelegt werden könnte, sobald nur einerseits die Beschränkung durch das öffentliche Recht, welchem der Privatwille überhaupt untergeordnet ist und anderseits die Möglichkeit der Ausscheidung dinglicher Rechte vorbehalten wird. [5]) Wichtiger aber als eine bloß formale Er-

---

[1]) Unger, östreichisches Privatrecht, I. 524. 528.

[2]) Böcking, Pandekten, II. 9.

[3]) Zirkler in Weiske's Rechtslexikon, IV. 148. 149.

[4]) Brinz, Pandekten, §. 52.

[5]) Arndts, Pandekten, §. 126. 130. Vangerow, Pandekten, §. 295.

kenntniß ist die Einsicht in das Wesen des Verhältnisses, welche nur durch ein Eingehen auf die Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Institute des Sachenrechts gewonnen werden kann. Denn es ist klar, daß das Eigenthum durch das Pfandrecht in ganz anderer Weise beschränkt wird, als durch die Servituten und durch die Personal-Servituten anders als durch die Grunddienstbarkeiten, wiewohl hinwiederum alle jura in re aliena darin übereinstimmen, daß sie, wie schon der Ausdruck in re aliena andeutet, an einer herrenlosen Sache nicht entstehen können, sondern aus dem Eigenthum herfließen und bei ihrem Erlöschen gewissermaßen in dasselbe zurück fallen.

§. 2.

Es liegt nicht in dem Bereiche meiner Aufgabe, den Gegensatz zwischen dem Eigenthum und den dinglichen Rechten im engern Sinne des Wortes zu behandeln; ich habe im Gegentheil diejenige Qualität des Eigenthums ins Auge zu fassen, welche die jura in re aliena mit ihm gemein haben, so daß es als Repräsentant derselben in dieser Hinsicht gelten kann. Ich meine nämlich die Dinglichkeit, und ganz besonders den aus der Dinglichkeit herfließenden absoluten Charakter aller dieser Rechte, welcher es in der Regel möglich macht, dieselben gegen jeden Dritten zu verfolgen.[1] In dem von den römischen Juristen mit großer Klarheit und Consequenz durchgeführten Begriffe einer absoluten rechtlichen Herrschaft über eine Sache liegt von selbst die Möglichkeit eines Konflikts derselben mit dem von ihr durch einen Zufall losgerissenen Besitze und die Nothwendigkeit, daß das Recht über das bloße Faktum siege. Die Unabhängigkeit des Eigenthums von der jeweiligen faktischen Lage seines Objekts ist ein sehr einfacher Gedanke und seiner Verwirklichung würde nicht die mindeste Schwierigkeit im Wege stehen, wenn es möglich wäre, den Sachen ein Gepräge aufzudrücken, dem Jedermann die Person des Eigen-

---

[1]) Wie sich die Begriffe dingliches Recht und absolutes Recht zu einander verhalten, ist mit großer Klarheit auseinandergesetzt von Unger, östreich. Privatrecht, I. 514 f.

thümers mit Sicherheit entnehmen könnte. Soweit es aber an einer solchen Publicität der Eigenthumsverhältnisse fehlt, wird man nicht umhin können, neben dem Bedürfnisse des Eigenthumsschutzes auch die Interessen des redlichen Verkehres ins Auge zu fassen und bis zu einem gewissen Grade zu wahren. Die Anschauungsweise des canonischen Rechts, daß Niemand seine Sachen ungestraft vernachläßigen darf (lex odit et punit circa rem suam negligentes) findet in jedem Rechts-Systeme einen Ausdruck, in dem einen in größerem, in dem andern in geringerem Umfange. Die Lehre vom anvertrauten Gut steht ganz, das Institut der Ersitzung größtentheils auf diesem Boden. Auch das Princip des römischen Rechts „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur", von welchem ich nachher (§§. 33 u. f.) ausführlicher zu sprechen habe, erklärt sich aus dem Bestreben, Formen des Eigenthumsübergangs, welche für den Verkehr gefährlich sind, auszuschließen.

Es sind aber nicht bloß solche, dem Eigenthum scheinbar feindlich entgegen stehende Rücksichten, welche dazu führen, seine Unabhängigkeit vom Besitze zu beschränken; sondern es ist auch gedenkbar, daß der Eigenthümer selbst es für vortheilhaft erachtet, sich nicht auf sein absolutes Recht zu berufen, sondern bloß den relativen Schutz, welcher unter gewissen Voraussetzungen dem Besitze gewährt wird, in Anspruch zu nehmen. In diesem Falle dient also der Besitz geradezu als Stütze des Eigenthums.

Wo die Besitzklagen summarisch behandelt werden (was zwar bei den Römern im klassischen Processe keineswegs zutraf), verdienen dieselben, wenn sie sonst genügen, schon deßhalb den Vorzug vor der Vindication. Im alten englischen und normannischen Rechte z. B. konnte der Kläger durch die dem Beklagten im ordentlichen Processe zu Gebote stehenden Mittel, den Entscheid, ja sogar die bloße Verhandlung des Streites endlos zu verzögern, zur Verzweiflung gebracht werden.[1]) Zu-

---

[1]) *Reeves* history of the English law, II. 123. 439. *Crabb*, history of the English law, 268. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung von Frankreich, III. 304.

gleich war die größte Neigung vorhanden, Waffengewalt an die Stelle des Rechtsgangs zu setzen. Reeves in seiner Geschichte des englischen Rechts (Bd. II. S. 84) erzählt, daß im Jahr 1224 ein Edelmann, Nahmens Fowkes de Breauté, gegen den fünf und dreißig Wahrsprüche betreffend Besitzesstörungen abgegeben worden waren, mit einer bewaffneten Bande die Gerichtssitzung auseinander sprengte, den Richter im Schloß Bedford gefangen setzte und sich dort eine Zeit lang gegen die königlichen Truppen vertheidigte. Bei solchen Zuständen war offenbar ein dringendes Bedürfniß vorhanden, der Eigenmacht energisch entgegen zu treten und den Spoliirten durch ein rasches Verfahren zu Hilfe zu kommen. So erklärt es sich leicht, daß zwischen den aus dem Besitze (seisin) und den aus dem Rechte (right) herfließenden Klagen auf das Schärfste unterschieden und daß auf die Ausbildung der erstern die größte Sorgfalt verwendet wurde. [1]) Aehnliche Erscheinungen finden wir im Mittelalter überall. So sagt Warnkönig [2]) in der französischen Staats- und Rechtsgeschichte (Bd. II. 297): „Ihre Entstehung verdanken die Be„sitzklagen unstreitig dem Bedürfnisse ihrer Zeit; sie sind ein „Erzeugniß der Reaction, welche von dem zwölften und drei„zehnten Jahrhundert an gegen die Herrschaft des in seiner „vollen Blüthe dastehenden Lehenwesens, des Faustrechtes und „die vielen daran klebenden und zum Theil noch aus der frü„hesten barbarischen Zeit stammenden Mißbräuche sich aufthat. „Der Zweikampf und die Fehde waren die zwei großen Ge„brechen der Zeit, gegen welche die Könige und die Gelehrten „lange ankämpften und denen sie erst mittelst der Einführung „von Besitzrechtsmitteln kräftig entgegen treten konnten.“ Hiemit stimmt vollkommen überein, was Bruns [3]) über den Kampf mittheilt, den das Reichskammergericht zur Behauptung seiner Kompetenz in Besitzstreitigkeiten der Reichsunmittelbaren durchzufechten hatte. Die Beschleunigung des Besitzprocesses beim

---

1) *Crabb*, 387 f. *Reeves*, I. 177.

2) Ganz gleich äußert sich Schäffner, Gesch. der Rechtsverf. von Frankreich, III. 294.

3) Das Recht des Besitzes, 375—382.

Reichskammergerichte scheint übrigens eine mäßige gewesen zu sein, indem nicht nur geklagt wird, daß man an einem Sumariissimum über drei Jahre „geleiert" habe, sondern sogar ein Sumariissimum von vierzig Jahren vorgekommen sein soll. [1])

§. 3.

Heut zu Tage sind nun zwar die Sitten mild genug. Vor offener Gewalt ist der Privatbesitz durchaus sicher; auch dem Mächtigsten fällt es kaum ein, sich mit der Staatsgewalt zu messen und irgend einen Privatzweck mit Verletzung des Landfriedens durchzusetzen. Ueberdieß ist der ordentliche Proceßgang in der Schweiz immerhin so rasch, daß ein außerordentliches summarisches Verfahren in Besitzstreitigkeiten zur Noth wohl entbehrt werden könnte. Dessenungeachtet würde auch gegenwärtig noch die Vindication allein zum Schutze des Eigenthums durchaus nicht ausreichen. In dem modernen Civil-Verfahren wird nämlich mit der Normirung der Beweislast sehr oft faktisch das Schicksal des Processes entschieden. Bei der Vindication versteht es sich nun ganz von selbst, daß der Beweis des Eigenthums von dem Vindicanten geleistet werden muß und dieser Beweis ist eben wegen seiner außerordentlichen Schwierigkeit als probatio diabolica von jeher übel angeschrieben gewesen. Es ist also sehr leicht gedenkbar, daß der wahre Eigenthümer sogar einem unredlichen Besitzer gegenüber unterliegen müßte, wenn ihm kein anderes Mittel zu Gebote stehen würde, die verlorene Sache wieder zu erlangen, als die Vindication. Die aus der Lehre von dem Beweise sich ergebende günstige Lage des Beklagten bei Eigenthumsstreitigkeiten mußte nothwendig dazu führen, daß die Frage, welche Parteirolle Jeder der beiden Litiganten zu übernehmen habe, zum Gegenstande eines Vorverfahrens gemacht wurde. Wenn B dem A den Besitz einer Sache in fehlerhafter Weise (vi, clam, precario) entzogen hat, so darf ihm aus dieser widerrechtlichen Handlung kein Vortheil erwachsen; vielmehr soll vor Allem aus A wieder in den Besitz des Streitobjects gesetzt und B genöthigt

[1]) Bruns, ib. 405.

werden, im Petitorium als Kläger aufzutreten. Bei den Römern wurde in der ältesten Zeit diese Vorfrage von dem Prätor in jure erledigt; später bildeten sich die unter dem Namen interdicta retinendæ possessionis bekannten Besitzklagen aus, welche wesentlich dazu bestimmt waren, die controversia de proprietate vorzubereiten.[1]) Zur Ergänzung dienten noch die sog. interdicta recuperandæ possessionis. Diese Klagen waren aber unwirksam, wenn dem Eigenthümer A nicht B, sondern ein dritter Besitzer C gegenüberstand. In diesem Falle konnte A, wenn er sich nicht auf die Ersitzung[2]) der Sache zu stützen, noch sonst den Beweis des Eigenthums zu führen im Stande war, einzig mittelst der actio publiciana durchdringen. Aber auch die actio publiciana konnte entweder gar nicht oder wenigstens nicht mit Erfolg angestellt werden, wenn der Kläger seinen Titel nicht nachzuweisen vermochte, sowie wenn die streitige Sache als res furtiva der Usucapion entzogen war[3]) oder dem Beklagten ebenfalls justa causa und bona fides zu Statten kam.

§. 4.

Das Gesagte kann folgendermaßen zusammen gefaßt werden: der Eigenthümer ist sehr oft genöthigt zu einer persönlichen oder dinglichen Besitzklage seine Zuflucht zu nehmen. Dieser Ausweg wird ihm aber in den der römischen Anschauungsweise folgenden Rechts-Systemen dadurch verkümmert, daß ceteris paribus der gegenwärtige Besitz dem verlorenen ältern Besitze gegenüber obsiegt (melior est conditio possidentis). Dagegen hat nun Delbrück in seinem neusten Werke („die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857."), wie mir scheint in schlagender Weise, dargethan, daß es im Geiste des deutschen Rechts liege, ceteris paribus dem ältern

---

[1]) Vangerow, Pandekten, §. 336.

[2]) Die Ersitzung war bekanntlich in sehr enge Grenzen eingeschlossen, konnte also von den Vindicanten selten als Stützpunkt für die Klage benutzt werden. Gaj., II. §. 50. . . . in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat.

[3]) Die Anwendbarkeit der Publiciana auf res furtivae wird freilich von gewichtigen Autoritäten behauptet.

Besitze den Vorzug zu geben. Ursprünglich äußerte sich dieser Vorzug so, daß derjenige, welcher sich auf ältern Besitz berufen konnte, näher daran war, sein Eigenthum an dem Streitobjekte mit seinem Eide zu erhärten, als der gegenwärtige Besitzer, wenn nicht dieser aus besondern Gründen ein besseres Recht für sich in Anspruch nehmen konnte.[1]) Der juristische Grund der Klage war zwar das Eigenthum des Klägers und insoweit hatte die dingliche Klage des germanischen Rechts einen absoluten Charakter. Aber der eigentliche Kampf drehte sich um die Frage, wem der Eid, d. h. das Beweisrecht gebühre und hier trat das Princip der Relativität in voller Reinheit und Stärke hervor und beherrschte den germanischen Eigenthumsproceß so vollständig, daß dagegen alles Uebrige und besonders der absolute Character des Klagegrundes völlig in den Hintergrund trat. Auf diesem Standpunkte schien nicht mehr das Eigenthum, sondern die Gewere Klagegrund zu sein und es verlor sich der Streit um das Eigenthum in einen Streit um das bessere Recht. Als später der germanische Proceß von Grund aus umgestaltet wurde und an die Stelle des Rechts zur Beweisführung die Beweislast, an die Stelle des Parteieneides die Beweisführung durch Zeugen, Urkunden u. s. f. trat, wurde zugleich auch das materielle deutsche Recht durch das römische verdrängt oder modificirt. Gleichwohl lebte durch alle Jahrhunderte hindurch der Vorzug des ältern Besitzes in einer neuen Form fort und es soll nach der Ansicht von Delbrück heutzutage noch der Eigenthümer die Wahl haben, sich der Klage aus einfachem älterm Besitze, der Klage aus Verlurst des Besitzes wider Willen, der Klage aus titulirtem älterm Besitze (Publiciana) oder der eigentlichen Eigenthumsklage (der Vindication) zu bedienen. Ueber den innern Grund der Klage aus älterem Besitz äußert sich Delbrück folgendermaßen: „Wir „dürfen nur nie vergessen, daß wir uns auf dem Gebiete der „processualischen Wahrscheinlichkeit befinden. Hier gelten An„nahmen, die im einzelnen Falle sehr wohl unrichtig sein können. „Der Vorzug des ältern Besitzes ist nach dieser Seite hin eben

[1]) Delbrück, 40. 73. 85. 275. 277. 329. Bruns, 287.

„so berechtigt wie die Annahme, daß ein einmal erworbenes „Eigenthum fortbestehe, daß der Besitzer guten Glauben habe, „daß der Erblasser seinen Willen nicht geändert habe u. s. f."

„Man fühlt sich zunächst versucht, an die schon in der „Glosse vorkommende Präsumtion des Eigenthums aus dem „Besitze anzuknüpfen und, indem man lediglich auf dem Ge- „biete des Processes bleibt, zu sagen: die Klage ist nichts „Anderes als die Vindication selbst, jedoch mit der eigenthüm- „lichen Beweisregel, daß Vermuthungen zum Beweise des Eigen- „thums genügen und die Vermuthung aus ehemaligem Besitze „die Vermuthung aus gegenwärtigem Besitze überwiegt. Diese „Auffassung wäre möglich, aber sie ist geschichtlich nicht be- „gründet. Die Vindication und ihre Beweislehre ist unberührt „geblieben, neben sie aber hat man eine eigene Klage aus „älterem Besitz gestellt. Der ursprünglich processualische Satz „ist in einen Satz des materiellen Rechts verwandelt worden; „statt zu sagen: aus dem Besitze wird das Eigenthum präsu- „mirt, wird gesagt: der ehemahlige Besitz genießt als solcher „eines Rechtsschutzes. Die Sache ist also die: wegen der „Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises und der Unvollkommen- „heit menschlichen Erkennens in Thatfragen konnte der Rechts- „schutz des Eigenthums nicht ausschließlich auf den Erwerb des „Eigenthums gegründet werden; um aber diesen Zweck des „leichtern Rechtsschutzes zu erreichen, reformirte man nicht die „Beweislehre, sondern man schuf eine eigene Klage zum Schutze „des Eigenthums, in der der Beweis des Erwerbs durch den „Beweis gewisser Thatsachen ersetzt wird. Die Klage ist, wie „die Publiciana, ihren innern Motiven nach eine Klage „aus vermuthetem Eigenthum, ihrer juristischen Con- „struction nach eine Klage aus ehemaligem Besitze."

§. 5.

Ich weiß nicht, ob es Delbrück gelingen wird, dem End- ergebnisse seiner ebenso gründlichen als scharfsinnigen Forschungen im gemeinen Rechte Eingang zu verschaffen. Dagegen liegt es mir außer Zweifel, daß dieselben im höchsten Grade verdienen, die Aufmerksamkeit der schweizerischen Juristen auf sich zu ziehen,

da die Kapitel der privatrechtlichen Gesetzbücher der Schweiz, welche mit der Lehre von dem Besitze sich beschäftigen, einer Revision sehr bedürftig sind. Zu dieser Arbeit liefern die von Delbrück angestellten Untersuchungen einen willkommenen Beitrag, wie dieß von dem hochverdienten Verfasser des Zürcherischen Gesetzbuches bereits anerkannt worden ist. [1]) Aber auch bei Anwendung der gegenwärtig in Kraft bestehenden Rechtsnormen findet sich Gelegenheit, die von der Wissenschaft neu gewonnenen Gesichtspunkte zu beachten und die Keime deutscher Rechtsbildung, welche bewußt oder unbewußt in die Gesetzgebungen niedergelegt worden sind, zu Ehren zu ziehen. [2])

Dieß ist der Standpunkt, von welchem aus ich es versucht habe, eine gedrängte Darstellung der Lehre von dem Besitze, wie sie in der Schweiz auf dem Wege der Codification sich gestaltet hat, zu verfassen.

I. Der Begriff des Besitzes und die Stellung desselben im Systeme.

§. 6.

Die Römer dehnten den Begriff des Besitzes nicht über das Gebiet des Sachenrechts aus. Sie kannten bloß die corporis possessio und die juris quasi possessio. Ueberdieß zeigt der Zusatz *quasi*, daß sie die faktische Ausübung einer Servitut bloß als ein dem Besitze ähnliches Verhältniß auffaßten. Auch liegt bei dem praktischen Sinne der Römer die Vermuthung nahe, daß der Prätor nicht durch Generalisirung des Begriffs der possessio sondern durch das im Leben sich zeigende Bedürfniß veranlaßt worden sei, den faktischen Bestand von Servituten durch Interdicte zu schützen, deren Vergleichung mit den zum Schutze des Sachenbesitzes bestimm-

---

[1]) In Arndts kritischer Ueberschau, VI. 189 f.

[2]) Ich verweise namentlich auf die Interpretation des §. 517 des Züricher und des §. 260 des Luzerner Gesetzbuches (unten §. 51).

ten Rechtsmitteln dann dazu geführt haben mag, der corporis possessio eine juris quasi possessio in der Theorie gegenüber zu stellen. [1])

Die mittelalterliche Dialektik hat auf dem Wege der Abstraction die *jurium possessio* so erweitert, daß sie auf alle öffentlichen und Privatrechte, bei denen eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung möglich ist, Anwendung findet. Diesem allgemeinen Begriffe wird dann auch der Besitz im engern Sinne des Wortes als Ausübung des Eigenthums untergeordnet. [2]) Die moderne Wissenschaft geht auf dieser Bahn weiter und erblickt in dem Besitze eine dem Rechtsgebiete in seinem ganzen Umfange parallel laufende thatsächliche Ordnung. So Bluntschli in seinem deutschen Privatrechte und im Commentar zu § 529 der Zür. Pr. R. und Bruns in der philosophischen Besitzlehre, die den Schluß seines Werkes über das Recht des Besitzes bildet.

Es fällt mir schwer, eine Ansicht, welche solche Autoritäten für sich hat, zu bekämpfen. Doch kann ich mich mit derselben unmöglich einverstanden erklären. Das Wort „Besitz" wird in der deutschen Sprache allerdings in einem sehr weiten Sinne gebraucht. Man besitzt nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch gute Eigenschaften, Freunde u. s. f. Hieraus folgt aber nicht das Mindeste für den Umfang des juristischen Begriffs. Die körperliche Herrschaft über ein abgegrenztes Stück der vernunftlosen Außenwelt stellt sich zunächst gar nicht als Ausübung eines Rechtes dar und ist vollkommen durch sich selbst verständlich, ohne daß der Eigenthumsbegriff zur Erklärung zu Hilfe genommen werden muß. Eben deßhalb hat ja Bruns [1]) mit gutem Grunde die Frage aufgeworfen, „wie sich die Römer den Zusammenhang zwischen „dem Besitze der Sachen und der Rechte eigentlich gedacht; „worin sie eigentlch die Aehnlichkeit zwischen zwei anscheinend „so verschiedenen Begriffen, wie Detention einer Sache und

---

[1]) Bruns, 82.
[2]) Roßhirt, Dogmengeschichte, 196.
[1]) S. 80.

„Ausübung eines Rechts gefunden haben; . . . . inwiefern denn „auch nur „„quasi““ oder „„gleichsam““ bei einem bloßen Ge„dankendinge, wie einem Rechte, ein Besitz möglich sei.“

Sodann ist der Besitz allerdings ein bloßes Faktum. Aber nicht deßhalb, sondern vielmehr dessenungeachtet wird er aus besondern Gründen, die bei andern faktischen Verhältnissen ganz und gar nicht zutreffen, bis zu einem gewissen Grade geschützt. Das Recht des Besitzers, seinen Besitz gegen unbefugte Gewalt zu vertheidigen, erklärt sich sehr einfach aus gewissen Principien des öffentlichen Rechts, aus der Unverletzlichkeit der Person, aus dem Verbote der in der Form des Angriffs stattfindenden Selbsthilfe u. s. f. Das Wesen des Besitzes und des Privatrechts überhaupt kommt dabei überall nicht in Betrachtung. Was hingegen die Rechtfertigung der zur Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes dienenden Klagen und beziehungsweise des dem gegenwärtigen Besitzer gegen eine solche Klage gewährten relativen Schutzes betrifft, so kann ganz kurz auf das in der Einleitung Gesagte verwiesen werden. Eine Sache geht rasch von Hand zu Hand und es ist eben so schwer, im Verkehre die Eigenthumsverhältnisse zu erkennen, als im Processe, sich als Eigenthümer auszuweisen. Deßhalb ist in keinem Rechtssysteme das Eigenthum völlig unabhängig von der faktischen Herrschaft über sein Object. Hierin liegt der Schlüssel zur Lehre von dem Besitze, welche eben die Interessen des Eigenthums und diejenigen des redlichen Verkehrs gleichmäßig wahren und in billiger Weise gegen einander abwägen soll. Ein ähnliches Verhältniß zwischen der rechtlichen und der faktischen Herrschaft findet sich bei den Servituten, doch sehr abgeschwächt und modificirt, außer dem Gebiete des Sachenrechtes gar nicht. [1])

Man mag daher immerhin von dem Besitze der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt oder der ehelichen Rechte sprechen; aber ein Bedürfniß oder auch nur die Möglichkeit, diesen Besitz mit dem Sachenbesitze in fruchtbarer Weise unter Eine

[1]) Von dem öffentlichen Rechte, in welchem allerdings der Besitz Anwendung findet, habe ich hier natürlich nicht zu handeln.

Theorie zu bringen, bin ich nicht im Stande, zu erkennen. Heut zu Tage ist zwar nicht zu befürchten, daß die Frage aufgeworfen werde, ob das eheliche Recht oder die Person des Ehegatten Gegenstand des Besitzes sei oder ob das interdictum unde vi Anwendung finde, ungeachtet eine Ehefrau nicht als res immobilis gelten könne. [1]) Auch wird weder ein Arzt, den man zu brauchen aufhört, [2]) noch eine Köchin, welcher übliche Trinkgelder vorenthalten werden, [3]) daran denken, eine Besitzklage anzustellen. Dagegen bleibt aber auch für einen passenden Gebrauch des über seine natürlichen Grenzen hinaus erweiterten Besitzbegriffes sehr wenig Raum übrig.

§. 7.

Der französische Code civil definirt in Art. 2228 den Besitz so weit als immer möglich: La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous même ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. Diese Definition ist unverändert in alle Gesetzbücher der westlichen Schweiz übergegangen (Waadt, 1637. Wallis, 1986. Neuenburg, 1782. Freiburg, 425. Tessin, 1194. [4]) Anschütz, in seiner Ausgabe von Zachariä's französischem Civilrechte (Bd. I, S. 442, Note 4), bemerkt mit Recht, daß Art. 2228 den Besitz von Sachen und den Besitz von Rechten in Einem Satze, nicht aber in Einem Begriffe zusammenfasse. Dieser Art. 2228 findet sich im Tit. XX, der von der Préscription handelt. In der Präscription sind durch eine gewiß ganz verwerfliche Abstraction die von Grund aus verschiedenen Institute der Ersitzung und der Klagverjährung zu dem allgemeinen Begriffe der Verjährung als der Veränderung von Rechten durch den Ablauf einer

---

[1]) Bruns, 240.

[2]) Bruns, 400. Hommel rhaps. qu. 489.

[3]) Hommel rhaps. qu. 502.

[4]) Von Genf spreche ich nicht besonders, da dort die französische Gesetzgebung als Ganzes in Kraft besteht und bloß durch Specialgesetze modificirt ist. — Unter der Westschweiz begreife ich der Abkürzung wegen auch Tessin.

gewissen Zeit verdünnt und verflüchtigt. In diesem Zusammenhang mußte dann natürlich auch der Begriff des Besitzes auf entsprechende Weise generalisirt werden. Doch hat derselbe über das Sachenrecht hinaus eine außerordentlich geringe Tragweite. Einzig in der Lehre von der Ehe (Art. 195 und 196) und von der väterlichen Gewalt (Art. 320 f.) ist von dem Rechtsbesitz als von einer possession d'état die Rede. Der Besitz des ehlichen Standes wird von den französischen Juristen [1] als eine réunion de circonstances bezeichnet, qui prouve l'état des époux. Diese Umstände sind: nomen, tractatus (!), fama. Die Frau hat den Namen des Mannes, mit dem sie lebte, getragen; sie ist von ihm als Gattin behandelt worden; sie hat als solche in der Gesellschaft gegolten. Dessenungeachtet gilt die Verbindung bloß als Concubinat, wenn nicht die Trauung hinzugekommen ist. Dagegen wird die Wirkung der Trauung, wenn auch irgend welche Formen bei Abfassung des acte de célébration du mariage verletzt worden sein sollten, durch die hinzukommende possession d'état in der Art verstärkt, daß die Trauungs-Urkunde von den Ehegatten nicht mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden darf.

Der Besitz des Standes eines ehlichen Kindes wird analog der possession d'état eines Ehegatten durch ein genügendes Zusammentreffen von Thatsachen, welche auf das fragliche Verhältniß hinweisen, begründet. Der constante Besitz des Status hat die gleiche Wirkung wie ein den Civilstands-Registern entnommener Geburtsakt. Wenn dieser urkundliche Titel und der Besitz zusammentreffen, so bilden diese beiden Momente zusammen einen Beweis für den Status, welchen Niemand anfechten darf.

Dagegen die possession d'état d'enfant naturel ist bedeutungslos, indem die Rechte, welche das Gesetz den natürlichen Kindern zuschreibt, nur dadurch, daß der Vater sie als solche in gehöriger Form anerkennt, erworben werden können.

Alle diese Sätze sind nichts anderes als Beweisregeln,

---

[1]) Commentar von Rogron zu Art. 195.

welche nicht aus der Natur des wahren und eigentlichen Besitzes, sondern aus dem Wesen der betreffenden Rechtsinstitute (der Ehe, der ehelichen und der außerehelichen Vaterschaft) und aus der Theorie des Civilprocesses zu erklären sind. Jene Regeln finden sich mit einigen Modificationen auch in den westschweizerischen Gesetzbüchern (Waadt, §. 102. 269 f. Wallis, 121—123, 125. Neuenburg, 137 f. 225 f. Freiburg, 156 f. Tessin, 153). Ich enthalte mich aber einer ausführlichen Besprechung dieser Materie, da dieselbe der Besitzlehre fremd ist und ins Familienrecht gehört.

§. 8.

Das östreichische Gesetzbuch beschränkt zwar den Begriff des Besitzes auf Sachen.[1]) Da aber nach §. 285 Alles Sache genannt wird, „was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient", und da diese sonderbare Definition neben den körperlichen Sachen auch alle möglichen rechtlichen Befugnisse als unkörperliche Sachen umfaßt[2]), so hat auch der Begriff des Besitzes von selbst einen entsprechenden Umfang.

Dem östreichischen Gesetzbuche folgen im Wesentlichen die Gesetzbücher der Mittelschweiz.[3])

Einzig Solothurn versteht unter den Sachen bloß „äußere Gegenstände" (§. 649), d. h. Grundstücke und Mobilien (§. 653), und beschränkt den Begriff des Besitzes auf das Gebiet des Sachenrechtes (Sachen und Dienstbarkeiten, §§. 665. 666).

---

[1]) §. 309: Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

[2]) §. 312: In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.

[3]) Bern, §. 332: Jeder Gegenstand eines Rechts, der nicht selbst rechtsfähig ist, heißt Sache. § 350: Die Inhabung von Rechten (wird) durch die Ausübung derselben erworben. Luzern, §§. 200. 222, wörtlich wie Bern. Aargau, §. 413: Alles was Gegenstand eines Rechtes oder rechtlicher Handlungen sein kann, heißt Sache.

Dem gleichen System huldigt das einzige zur Zeit in der Ostschweiz bestehende Gesetzbuch, nämlich das Zürcherische. Den Begriff „Sache" zu definiren, ist mit gutem Grunde unterlassen worden. Hingegen ergiebt sich aus dem ganzen Inhalte des Sachenrechtes, daß dasselbe nur körperliche Gegenstände beschlägt. Im §. 484 wird zwar gesagt, „es seien unter „dem Ausdruck bewegliches Gut oder fahrende Habe in „der Regel nicht bloß alle beweglichen Sachen im eigentlichen „Sinne des Wortes, sondern auch das ganze dem Verkehr an„heimfallende in Rechten (Forderungen und Schulden [1]) be„stehende Vermögen, mit Ausnahme des Eigenthums an Liegen„schaften und deren Zubehörde und anderer selbstständigen activ „oder passiv mit Grundstücken verbundenen Rechte, sowie der „Wasserrechte, zu verstehen." Aber es ist jener Ausdruck, wie das Gesetz selbst klar genug andeutet, nichts Anderes als eine in uneigentlichem Sinne gebrauchte Collectivbezeichnung, welche dazu dient, die Aufzählung der einzelnen durch dieselbe umfaßten Vermögensbestandtheile zu ersparen. Die einzelnen Obligationen sind im Sinne des Gesetzes durchaus keine Sachen.

Der Besitz zerfällt in den Besitz von Sachen (§. 488) und den Besitz von Rechten (§. 529). Der Besitz von Rechten bezieht sich aber bloß auf Dienstbarkeiten und andere Realrechte.

Es scheint mir diese Beschränkung mit der engern Fassung des Begriffes Sache, welche letztere gegenwärtig allgemein gebilligt wird, Hand in Hand zu gehen, und ich erblicke darin einen Vorzug der Solothurnischen und Zürcherischen Gesetzgebung vor den übrigen schweizerischen Gesetzbüchern.

§. 9.

Bei dem Sachenbesitze, mit welchem ich mich von nun an allein beschäftigen werde, kommen zwei Momente in Frage: die körperliche Herrschaft über die Sache und der Wille, diese Herrschaft für sich gleich einem Eigenthümer zu üben (der

---

[1]) Diese Parenthese ist ungenau redigirt. Sie sollte lauten: „(mit Inbegriff der Forderungen und Schulden)."

s. g. animus domini[1]). Wer eine Sache in fremdem Namen inne hat, dem wird von den Römern nicht Besitz, sondern bloße Detention zugeschrieben. Eine Ausnahme bilden die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes[2]), von denen uns einzig das Verhältniß des Faustpfandgläubigers interessirt. Es folgt beinahe mit logischer Nothwendigkeit aus dem Wesen des Faustpfandrechtes, daß nicht der Schuldner, der dasselbe bestellt, oder irgend ein Dritter (Eigenthümer des Pfandes), der die Verpfändung bewilligt hat, sondern der Gläubiger als Besitzer behandelt werden muß, immerhin natürlich in der Meinung, daß mit Hinsicht auf die Usucapion dieser Besitz direct dem Verpfänder und nur indirect dem Pfandgläubiger zu Statten kommt. Nach unserer modernen Anschauungsweise wäre wohl der Nießbraucher mit dem Pfandgläubiger auf eine Linie zu stellen, indem es uns einfacher und natürlicher vorkommt, ihm corporis possessio und nicht juris quasi possessio zuzuschreiben.

Im Uebrigen scheint mir die Römische Distinction zwischen Besitz und Detention innerlich wahr und dem praktischen Bedürfnisse der Gegenwart vollkommen adäquat zu sein. Dagegen wollen Delbrück[3]) und Bruns[4]) umgekehrt den Besitz des Faustpfandgläubigers als juris quasi possessio aufgefaßt wissen. Bruns anerkennt bloß das Innehaben mit animus domini als Besitz; die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes faßt er als bloße Detention auf.[5]) Bluntschli hinwiederum schreibt Jedem Besitz zu, der ein eigenes Interesse an der Macht über die Sache hat.[6]) Dieser Streit hat im Grunde mehr

---

1) Die Streitfrage über die Angemessenheit dieses nicht in den Quellen vorkommenden Ausdrucks (Böcking, Institutionen, §. 123, Note 7, Brinz, Pandekten, 63 u. s. f.) kann ich hier füglich auf sich beruhen lassen.

2) Das Züricher Gesetz braucht in §§. 490. und 643 den Ausdruck „abgeleiteter Besitz“ in sehr weitem Sinne, so daß er abgeleiteten Besitz, Quasi-Besitz und Detention umfaßt.

3) S. 327.

4) S. 480, Note 1.

5) S. 472.

6) Deutsches Privatrecht, §. 56.

eine theoretische als eine praktische Bedeutung; ja man möchte fast sagen, er drehe sich bloß um Worte. Ob man das Verhältniß des Miethers Miethebesitz oder Detention, dasjenige des Faustpfandgläubigers abgeleiteten Besitz oder Detention nenne, ist ziemlich gleichgültig. Ganz von selbst versteht es sich, daß auch der Detentor gegen unbefugte Gewalt sich vertheidigen und wegen Störungen, in denen ein Delict liegt, eine persönliche Klage gegen den Störenden anstellen kann und daß umgekehrt die Usucapion und der Erwerb der Früchte nur dem Eigenthumsbesitzer zu Statten kommt. Ob die dingliche Klage von dem Detentor in eigenem Namen oder bloß im Namen des Eigenthumsbesitzers angestellt werden könne [1], ist eine untergeordnete Frage, da ihr Interesse jedenfalls identisch ist. Für das Verhältniß zwischen dem Eigenthumsbesitzer und seinem Stellvertreter ist natürlich der Pfandvertrag, Miethvertrag u. s. f. maßgebend, und die Detention bildet bloß möglicher Weise einen Anhaltspunkt für die Interpretation.

Wenn gegen den Detinenten die Eigenthumsklage angestellt wird, so tritt derjenige, für welchen er die Sache detinirt, in den Proceß ein.

Gegen die in das Züricher Privatrecht (§§. 488. 490. 516.) übergegangene Distinction zwischen Eigenthumsbesitz; Besitz dessen, der keinen animus domini, aber ein eigenes Interesse an der Sache hat, und Detention ohne ein solches Interesse habe ich immerhin einige Bedenken zu äußern. Diese Distinction würde sich harmonischer an den deutschrechtlichen Besitzesschutz anschließen; zu den Interdicten und der Publiciana des Römischen Rechts, die nun im Zürcherischen Gesetzbuch Aufnahme gefunden haben (§§. 501—508. 516 f.), paßt sie nicht gut, und ihre Anwendung auf die Lehre vom Titel (Commentar zu §. 495.) scheint mir geeignet, Verwirrung hinein zu bringen. Ich kann mich für meine Ansicht wenigstens theilweise auf Arndts beziehen, welcher in seiner Recension des Züricher Gesetzbuches (Kritische Ueberschau, I, 355) sich folgendermaßen ausspricht:

---

[1]) Delbrück, 285.

„Unbedenklich ist es wohl, jedem Innhaber als solchem „das Recht der Selbstvertheidigung gegen Gewalt beizulegen, „noch viel mehr also Anspruch an obrigkeitlichen Schutz gegen „beabsichtigte Gewalt. Beides ist ihm auch nach gemeinem „Recht nie versagt gewesen. Aber die Besitzklagen in ihrem „ganzen Umfang und mit ihren eigenthümlichen nähern Be„stimmungen auf alle Fälle des Inhabens anzuwenden, scheint „weder Bedürfniß noch auch nur angemessen." Auch macht Arndts mit Recht darauf aufmerksam, wie subtil die Untersuchung der Frage ist, ob z. B. dem Depositar ein selbstständiges Interesse an dem Innehaben der deponirten Sache zukomme, ob er also als Besitzer oder ob er gleich dem Dienstboten bloß als Detentor zu behandeln sei. Bluntschli selbst faßt das Verhältniß des Depositars zu den deponirten Sachen im Commentar zu dem Züricher Gesetze (§. 490) als bloßes Innehaben, im deutschen Privatrechte (I, §. 56) als Besitz auf. Fast möchte ich diesen allzu feinen Unterscheidungen gegenüber dem etwas rohen, aber sehr handlichen Verfahren der Engländer den Vorzug geben, welche alle und jede Fälle eines Innehabens in fremdem Namen (in auter droit) unter dem Ausdrucke *bailment* zusammenfassen und dem Detentor (bailee) Besitz, ja sogar qualificirtes Eigenthum gegenüber aller Welt, nur nicht gegenüber demjenigen, dessen Stellvertreter er ist (dem bailor), einräumen.[1]) (Das ältere englische Recht hingegen unterscheidet zwischen Besitz und Detention in einer Weise, die sich nur aus dem damaligen Einflusse des Römischen Rechts erklären läßt.[2]))

---

[1]) *Blackstone*, II, 396.

[2]) Sehr auffallend ist es, daß nach Glanvilla (lib. 10, c. 10) der Pfandgläubiger, wenn er die Gewere verliert, dieselbe nur durch das Mittel des Verpfänders wieder erlangen kann, indem ihm selbst keine directe Klage zugeschrieben wird. Wenn der Verpfänder den Pfandgläubiger entwehrt, so hat der Letztere keine dingliche Klage, sondern er muß zu der Schuldklage seine Zuflucht nehmen (*Reeves*, I, 164).

§. 10.

Das östreichische Gesetzbuch[1]) unterscheidet zwischen Detention und Besitz im Wesentlichen im Sinne des Römischen Rechts. Winiwarter in seinem Commentar zu §. 309 führt unter den Fällen des bloßen Innehabens den Depositar, Bestandnehmer und Pfandgläubiger nebeneinander an. Dieß ist aber kaum richtig, da der Besitz eines Pfandes nach §. 312 als juris possessio aufzufassen ist.

Bern weicht von Oestreich (§. 309) nur darin ab, daß in die Definition des animus domini die Worte „auf irgend eine Weise" eingeschoben sind.[2]) Wenn bloß der citirte §. 349 vorliegen würde, so könnte man auf dieses Einschiebsel keinerlei Nachdruck legen, und es wäre dasselbe als gleichbedeutend mit „rechtmäßig oder unrechtmäßig, redlich oder unredlich" aufzufassen, so daß das Aufnehmen oder Weglassen jener Worte den Sinn unberührt lassen würde, da für den Begriff des animus domini und beziehungsweise des Besitzes justa causa und bona fides gleichgültig sind. Hiemit könnte der anderswo (z. B. §§. 362. 371) vorkommende Ausdruck „ein Besitzer jeder Art", d. h. rechtmäßiger, unrechtmäßiger, redlicher, unredlicher Besitzer (§. 353 f.), ganz leicht in Zusammenhang gebracht werden. Dieser Auslegung steht aber entgegen, daß in §. 353 der Titel als ein Grund bezeichnet wird, der es dem Besitzer rechtlich möglich mache, den Besitzgegenstand „in derjenigen Hinsicht, in welcher er den Besitz ausübt," zu dem Seinen zu zählen. Schnell, in seinem Commentar zu §. 349 (I, 25), erläutert die Worte „auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen", indem er beifügt: z. B. der Eigenthümer, Nutzungsberechtigte, Pfandgläubiger 2c." Die Wissenschaft hat

---

[1]) §. 309: Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

[2]) §. 349: Die physische Möglichkeit über eine Sache zu verfügen, heißt Inhabung, und wenn sie mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen, Besitz.

diese Beispiele zu dem allgemeinen Begriffe zusammengefaßt: „Die Absicht, eine Sache, sei es als Eigenthum, sei es als Gegenstand anderer dinglicher Berechtigungen, zu beherrschen (Leuenberger, I, 387).“ Demgemäß wäre in §. 349 durch die Worte „in irgend einer Weise“ der Begriff des Besitzes so erweitert, daß er auch den Quasi-Besitz in sich schließen würde, und es müßte unter Inhabung nicht die Detention im Gegensatze zum Besitz, sondern dasjenige Merkmal des Besitzes, welches die Römer corpus nennen, verstanden werden, während dann in §. 352 der Ausdruck wieder in der erstern Bedeutung gebraucht wird. Eine materielle Verschiedenheit zwischen dem östreichischen und dem bernerischen Gesetze ist übrigens keineswegs vorhanden, da auch nach dem erstern der Begriff Besitz die juris quasi possessio in sich schließt.

Luzern hat in §. 221[1]) den §. 349 Bern mit einer Veränderung, welche bloß die Redaction betrifft, adoptirt. Auch führt Pfyffer zur Erläuterung der Worte „in irgend einer Weise“ ganz die gleichen Beispiele an wie Schnell. In einer neuern Abhandlung[2]) interpretirt hingegen Pfyffer den §. 221 so, daß der Begriff des Besitzes wie in Zürich auch das Verhältniß des Miethers, Entlehners u. s. f. umfassen würde. Dieß will mir nicht einleuchten. Ich kann doch nicht wohl eine gemiethete oder entlehnte Sache zu meinem Vermögen zählen. Auch findet sich bei der Vergleichung des östreichischen Gesetzbuches mit Bern und Luzern nicht eine Spur, daß diese sich den Gegensatz zwischen Besitz und Detention anders gedacht haben als jenes. Vielmehr läßt sich den §§. 352 Bern und 224 Luzern, welche den §§. 318 f. Oestreich entsprechen, mit ziemlicher Bestimmtheit das Gegentheil entnehmen, so daß nach meinem Dafürhalten mit Hinsicht auf

---

[1]) §. 221: Der Zustand, in welchem Jemand eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat und sich in der physischen Möglichkeit befindet, über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen, heißt Inhabung, und wenn diese mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen, Besitz.

[2]) Zeitschrift der juristischen Gesellschaft des Kantons Luzern. Zweite Lieferung, 1858. S. 2.

die Bestimmung der fraglichen Begriffe eine vollständige Uebereinstimmung zwischen allen diesen Gesetzen besteht.

Solothurn[1]) hebt bei der Definition des Besitzes bloß das körperliche Moment hervor und geht über die Frage, wie der Wille beschaffen sein müsse, mit Stillschweigen hinweg. Es ist dieß gewiß nicht zu loben, und es kann überhaupt der von dem Besitze handelnde Titel des Solothurnischen Gesetzbuches den ältern Gesetzen gegenüber kaum als eine Verbesserung anerkannt werden.

Aargau scheint auch die bloße Detention als Besitz zu bezeichnen.[2]) Doch ist vielleicht in §. 447 bloß von dem Verhältnisse des Pfandgläubigers und Nießbrauchers die Rede. Bei der außerordentlichen Kürze — ich möchte fast sagen Leere — des Aargauischen Gesetzbuches ist es überhaupt oft sehr schwer, den Sinn desselben zu errathen.

§. 11.

Das östreichische, Bernische, Luzernische und auch das Aargauische Gesetzbuch (das letztere jedoch etwas weniger scharf und bestimmt) stellen den Besitz geradezu unter die dinglichen Rechte, während derselbe von dem Zürcherischen und Solothurnischen Gesetzgeber gewissermaßen im allgemeinen Theile des Sachenrechtes untergebracht worden ist. Vom Standpunkte der römischen Jurisprudenz aus betrachtet muß allerdings die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts verworfen werden.[3]) Anders aber verhält es sich, wenn man nach der deutschen und modernen Anschauungsweise im Besitze ein präsumtives Eigenthum erblickt und ihn mit einer dinglichen Klage schützt. So sagt z. B. *Calame* (Coutume Neuchâteloise, 52): ***Droit réel:*** pouvoir reconnu dont l'objet est une chose et

---

[1]) §. 665: Der Besitz einer Sache wird durch diejenigen Handlungen erworben, durch welche sie in die Gewalt oder den Gewahrsam von Jemanden gelangt.

[2]) §. 447: Der Besitzer einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm darauf eingeräumten Rechtes nicht befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten.

[3]) Leuenberger, I, 395.

qui affecte cette chose tellement, qu'il la suit en quelques mains qu'elle passe. La possession jouit jusqu'à preuve du meilleur droit d'une garantie provisoire, qui lui donne à elle même, dans certaines limites, le caractère du droit réel. Ich werde später bei Besprechung der Qualificationen des Besitzes auf diesen Punkt zurück kommen.

§. 12.

Der französische Code civil definirt in Art. 2228 den Besitz so, daß er mit der Detention zusammen zu fallen scheint (La possession est la détention d'une chose). In allen einzelnen Anwendungen aber ist nur vom eigentlichen Besitze à titre de propriétaire die Rede. Frei[1]) erklärt geradezu: die Detention komme als Quelle von Besitzklagen nicht in Betracht. Auch Zachariä[2]) verbindet mit der Detention nur zwei juristische Wirkungen: die Befugniß des Inhabers, a) sich gegen unbefugte Gewalt zu vertheidigen und b) die Sache wegen eines debitum cum re conjunctum zurück zu behalten. Das Retentionsrecht gehört aber nicht einmal hieher, da es ja nichts Anderes als eine Form der exceptio doli ist und aus der Natur des obligatorischen Verhältnisses herfließt.

Vom Nutznießer sagt Zachariä (Bd. II. S. 15), er könne alle petitorischen Klagen anstellen, die dem Eigenthümer zustehen, indem er procurator domini, sed in rem suam sei.

Die Gesetzbücher der westlichen Schweiz (Waadt, Wallis, Neuenburg und Tessin) stimmen mit dem französischen Rechte durchaus überein. Aeltere Quellen fassen Detention und Besitz unter dem Ausdruck possession zusammen, z. B. (Boyve) Lois et Statuts du pays de Vaud, Theil II. Tit. 15: Nul *possesseur* .... ne pourra, ni devra être dépossessionné sans clameur et connoissance de Justice, *exceptés les usufructuaires* ou leurs héritiers passé le temps de l'usufruit, *les fermiers, locataires*, grangeages étant expirés etc.

---

1) Lehrbuch des französischen Civilrechts, I, 318.

2) Zachariä (Anschütz), Handbuch des französischen Civilrechts, I, 440. — Immerhin giebt es eine Ansicht, welche gestützt auf Art. 1743 dem Pächter Besitz zuschreibt.

Die Freiburgische Gesetzgebung muß hier besonders herausgehoben werden, weil sie das französische und das östreichische Recht in eigenthümlicher Weise combinirt. Freiburg entlehnt die Definition des Besitzes (§. 425) dem Art. 2228 des französischen Code civil, ergänzt aber dieselbe durch Aufnahme des Merkmals à *titre de propriétaire* (La possession civile .... est la détention ou la jouissance à *titre de propriétaire*, d'une chose ou d'un droit etc.). Dem Eigenthumsbesitzer werden diejenigen gegenüber gestellt, qui détiennent la chose d'autrui ou pour autrui (§§. 430—433). Die §§. 426 u. 427 enthalten die in keinem andern Rechts-Systeme [1]) sich findende Vorschrift, daß der Besitz weder heimlich noch gewaltsam erworben werden könne, sondern erst dann beginne, lorsque la violence ou la clandestinité ont cessé. Als Detention wird aber die gewaltsam oder heimlich erlangte physische Herrschaft über eine Sache immerhin aufzufassen und demnach unter den Schutz der §§. 444 und 459 (entsprechend den §§. 360 und 371 Bern) zu stellen sein.

Freiburg faßt die den Besitz betreffenden Vorschriften (ähnlich Zürich und Solothurn) in einem den dinglichen Rechten vorangehenden Titel zusammen, während die übrigen Gesetzbücher der westlichen Schweiz diese Materie in den von der Verjährung handelnden Abschnitt verweisen.

II. Die Qualificationen (Arten) des Besitzes.

1. Ideeller und reeller Besitz.

§. 13.

Das Zürcherische Gesetzbuch stellt in verschiedenen Paragraphen den reellen Besitz dem ideellen und sogar das

---

[1]) Die Eigenthümlichkeit betrifft übrigens fast bloß die Definition und den formalen Begriff des Besitzes, da in Freiburg die Detention eben so wirksam geschützt wird, wie anderswo der mit einem Fehler behaftete Besitz.

reelle Besitzrecht dem ideellen gegenüber, ohne die Bedeutung dieses Gegensatzes deutlich zu bestimmen (§§. 502. 518. 538). Für die Erwerbung des Besitzes ist die Erlangung wirklicher, gegenwärtiger Herrschaft über die Sache erforderlich. Für die bloße Festhaltung des einmal erworbenen Besitzes genügt es, daß die Möglichkeit, jene Herrschaft auszuüben, nicht definitiv verloren sei. In diesem Sinne kann gesagt werden: Retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Einen Besitz nun, der in einem gegebenen Augenblick gewissermaßen solo animo retinetur, kann man füglich ideellen Besitz nennen und demselben eine augenblicklich vorhandene körperliche Herrschaft als reellen Besitz entgegensetzen. Wenn man diesem Gegensatze bloß die praktische Bedeutung beilegt, die demselben in §. 502 zugeschrieben wird, so läßt sich gar nichts dagegen einwenden.[1]) Nur muß man sich hüten, das Verhältniß so aufzufassen, daß zwei Personen gleichzeitig Besitzer einer Sache sein können, indem die eine ideellen, die andere reellen Besitz habe.[2]) Der Commentar zu §. 502 könnte leicht so mißverstanden werden, als ob z. B. der Dieb reellen und der Bestohlene ideellen Besitz habe, während der Verfasser gewiß weit entfernt ist, diese dem klaren Buchstaben des §. 521 diametral zuwider laufende Behauptung aufstellen zu wollen. Selbst in dem Falle des §. 525 ist ein Zusammentreffen von ideellem und reellem Besitze durchaus nicht anzunehmen.[3]) Vielmehr hat hier der Eine ideellen, der Andere gar keinen Besitz.

Ganz verfehlt sind die in §§. 518 und 538 enthaltenen Vorschriften. Der Gegensatz zwischen ideellem und reellem Besitzrecht ist offenbar unlogisch. Jedes Besitzrecht ist ideell. Es sollte also in §. 518 („diese Klage dient auch zum Schutze des

---

[1]) §. 502: Ist es streitig, welche Partei als gegenwärtiger Besitzer zu betrachten sei, so wird vorläufig dem der Vorzug gegeben, welcher zur Zeit den reellen Besitz hat rc.

[2]) Hiemit ist zu vergleichen: Delbrück, 104 f.

[3]) §. 525: Damit der Besitz an einem Grundstücke verloren werde, genügt es nicht, daß ein Anderer sich desselben bemächtige, sondern es muß der bisherige Besitzer von dieser Veränderung Kenntniß erhalten und versäumt haben, diese Herrschaft des Andern ohne Verzug zu beseitigen.

„ideellen Besitzrechtes z. B. des Erben (§. 493) und nicht bloß „bei Störungen des reellen Besitzrechtes") statt Besitzrechtes heißen Besitzes. Es versteht sich aber so sehr von selbst, daß der s. g. ideelle Besitz ebenso gut zu schützen ist, wie der reelle, daß gar kein Bedürfniß vorhanden ist, dieß hier ausdrücklich zu sagen. Was speciell das Verhältniß des Erben betrifft, so besteht die Eigenthümlichkeit desselben bloß darin, daß der Erbe den Besitz erwirbt, ohne im Augenblicke des Erwerbs körperliche Macht über den Nachlaß zu haben. Im Uebrigen unterscheidet sich der einmal erworbene Besitz von jedem andern Besitze, der solo animo festgehalten wird, nicht im Mindesten.

Vollends bedenklich ist es, wenn in §. 538 als Requisit der Ersitzung vorgeschrieben wird, daß reeller Besitz zehn Jahre lang ununterbrochen vorhanden sein müsse, was kaum einen rechten Sinn hat. Bei der Ersitzung beweglicher Sachen ist von der ununterbrochenen Fortdauer des reellen Besitzes nicht die Rede (§. 642).

In einigen andern Gesetzbüchern der Schweiz findet sich der Ausdruck „wirklicher Besitz", „possession actuelle". So z. B. Freiburg §. 459 und 2129, Bern §§. 356. 368, Luzern §. 228. In allen diesen Stellen kann das Wort „wirklich" oder „actuelle" sehr gut weggelassen werden und es würde sogar durch diese Veränderung die Redaction nur gewinnen.

Wallis sagt in §. 800 von den rechtmäßigen Erben: sie treten unmittelbar in das Vermögen des Verstorbenen ein, „obschon sie die Verlassenschaft noch nicht in reellen Besitz genommen hätten."

2. Fehlerhafter Besitz.

§. 14.

Der Besitz gilt als fehlerhaft, wenn die Handlung, durch welche er erworben worden ist, ihrer äußern Form nach rechtswidrig ist, gleichviel, wie der sie innerlich bestimmende Wille und die materielle Grundlage, auf welcher der Kampf um den Besitz geführt wird, beschaffen sei. [1])

---

[1]) Hiemit ist zu vergleichen: Savigny's System, III, 99—119.

Als rechtswidrige Formen des Besitzerwerbes bezeichnen die Römer die Gewalt, die Heimlichkeit und das Precarium. Unsere modernen Gesetzgebungen halten dieses Schema fest. Doch zeigt sich ein gewisses Schwanken in der Ausdrucksweise, welches wohl auf Unklarheit in der Auffassung der betreffenden Begriffe hindeutet. Zürich bezeichnet in §. 494 den Besitz als fehlerhaft und unehrlich, wenn er „durch widerrechtliche Gewalt oder Arglist oder Mißbrauch des Vertrauens" erlangt worden ist. In §. 505 hingegen werden diese drei Fehler als „Gewalt, List oder Mißbrauch einer Vergünstigung" bezeichnet, und unter den höhern Begriff eines widerrechtlichen Besitzerwerbs zusammen gefaßt. Offenbar enthalten beide Stellen eine gleichbedeutende, nur im Wortlaut verschiedene Nachbildung des vi clam precario der Römer.

Ziemlich schleppend drückt sich das östreichische Gesetzbuch aus: §. 345. „Wenn sich Jemand in den Besitz eindrängt „oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht und das, was „man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Ver„bindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes „Recht zu verwandeln sucht, so wird der an sich unrechtmäßige „und unredliche Besitz noch überdieß unecht."

Es ist gewiß nur zu billigen, daß Bern und Luzern diese Definition einfach weggelassen und sich darauf beschränkt haben, das Klagrecht dessen, der durch „Gewalt, List oder den Mißbrauch einer Vergünstigung" aus dem Besitze verdrängt worden ist, näher zu bestimmen (Bern §. 371, Luzern 235). Freiburg spricht in §. 459 von demjenigen, der par violence ou par dol aus dem Besitze verdrängt worden ist.

Solothurn geht über die Besitzfehler mit Stillschweigen weg. Aargau bezeichnet als solche in den §§. 448 und 449 bloß List und Gewalt, während dann hingegen in der Verjährungslehre (§. 851) nicht von Gewalt und List, sondern von heimlicher oder bittweiser Ausübung des Besitzes gesprochen wird.

Nach dem Code civil (Art. 2229) gilt als fehlerfreier Besitz: une possession paisible, publique non équivoque et à titre de propriétaire. Im Code de procédure civile hingegen

(§§. 23—29) findet sich der Ausdruck: une possession paisible et à titre non précaire. Daß aber beide Bezeichnungen gleichbedeutend sind, ergiebt sich aus Art. 2236 C. c. (Ceux *qui possèdent pour autrui*, ne prescrivent jamais. — Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent *précairement* la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire), zu welchem Rogron die Anmerkung macht: „Dans „notre droit on entend par *possession précaire* toute pos- „session, qui n'est pas à titre de propriétaire." Die Gesetzgebungen der Westschweiz copiren den französischen Code civil wörtlich.

§. 15.

Das Römische Precarium trägt einen streng positiven Charakter an sich. Es ist durchaus kein Bedürfniß vorhanden, dieses Institut in unser Rechtsleben, dem es durchaus fremd ist, zu verpflanzen.[1]) Hätten wir nicht das Römische Recht vor Augen, so wäre gewiß Niemandem ein Sinn daran gekommen, das Precarium aus der Leihe auszuscheiden oder dasselbe als eine Species der Leihe besonders hervorzuheben, wie dieß in Bern §. 745 u. Zürich §. 1129 geschehen ist.[2]) Ueberhaupt kam früher ein Precarium bloß in der Lehre von den Servituten zur Sprache, indem der Klage aus dem Quasibesitze die Einwendung entgegen gehalten wurde, daß der Beklagte die Benutzung seines Eigenthums dem Kläger auf dessen Bitte hin als widerrufliche Vergünstigung gestattet habe, weßhalb die von dem Kläger vermöge dieser Erlaubniß vorgenommenen Handlungen nicht als Ausübung eines Rechtes betrachtet werden können.

Es scheint den sämmtlichen neuern Gesetzgebungen als das

---

1) Brinz, Pandekten, 87. Vangerow, §. 691.

2) Bern §. 745: „Ist bei Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche „weder der Zweck noch die Zeit des Gebrauches bestimmt worden, so ist „dieses als eine bloße Vergünstigung anzusehen, die der Vergünstiger „willkührlich aufheben kann." Vgl. Leuenberger, Vorlesungen, I, 434.

dritte Glied der Trilogie vi clam precario die widerrechtliche Umwandlung der Detention in Eigenthumsbesitz vorzuschweben[1]) (etwas ganz Anderes als die Weigerung des Precaristen, den ihm widerruflich verliehenen Besitz zurück zu geben). Ich kann mich aber nicht überzeugen, daß es gerechtfertigt sei, diese Form der rechtswidrigen Besitzergreifung neben der Gewalt und der Heimlichkeit oder List besonders hervor zu heben. Schon bei Cicero[2]) findet sich eine Andeutung, daß alle Handlungen, die in ein fremdes Rechtsgebiet kränkend eingreifen, ihrer Form nach in nicht mehr als zwei Kategorien zerfallen und diese Eintheilung ist innerlich so sehr gerechtfertigt, daß sie sich auch jetzt noch selbst bei oberflächlicher Betrachtung der dießfälligen Erscheinungen gewissermaßen von selbst darbietet. Was speciell den Besitz betrifft, so besteht das oberste Princip darin, daß Niemand einen Andern ohne dessen Einwilligung oder vermöge der Autorität des Richters aus dem Besitze verdrängen darf. „Sans figure de justice on ne peut dépossessionner personne“ sagt das alte Neuenburger Recht.[3]) Nun springt es in die Augen, daß bei der gewaltsamen und bei der heimlichen Besitzergreifung von der Einwilligung des bisherigen Besitzers überall keine Rede sein kann, daß der Gewalt die Drohung und der Heimlichkeit die List im Wesentlichen gleich steht, indem ein durch Anwendung unsittlicher Mittel bestimmter Wille demjenigen, welcher sich dieser Mittel bedient hat, nicht zu Statten kommen kann. Die Umwandlung der Detention in Eigenthumsbesitz geschieht immer hinter dem Rücken des durch diese Handlung Bedrohten, also heimlich. Wenn ich daher eine Definition zu geben hätte, so würde ich sagen: „der Besitz„erwerb ist fehlerhaft, wenn der frühere Besitzer zu demselben „gar nicht eingewilligt hat, oder wenn seine Einwilligung durch „Drohungen oder falsche Vorspiegelungen erlangt worden ist.“

---

[1]) Commentar zu §. 505 des Züricher Gesetzes.

[2]) *Cicero*, de officiis, I, cap. 13. a. E. Cum autem duobus modis id est aut *vi* aut *fraude* fit injuria, fraus quasi vulpeculæ, vis leonis videtur.

[3]) *Calame*, 184. Ebenso die oben angeführten Statuten von Waadt.

Beiläufig bemerke ich noch, daß ein solcher Besitzerwerb, wenn er sich auf eine bewegliche Sache bezieht, wohl immer unter den Begriff irgend eines Verbrechens oder Vergehens fällt (Raub, Erpressung, Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, unerlaubte Selbsthilfe).

3. Titulirter oder rechtmäßiger Besitz.

§. 16.

Justa causa und bona fides zusammen vereinigt, machen den Besitz zur bonæ fidei possessio, d. h. sie dienen als Grundlage der Ersitzung, der Publiciana und des Fruchterwerbs. Jedes der beiden Momente vereinzelt genügt nicht, dem Besitze eine größere Wirksamkeit zu verleihen, als er an und für sich hat. Die meisten neuern Gesetzgebungen weichen hierin von dem Römischen Rechte, von dem sie im Uebrigen abhängig genug sind, ziemlich willkührlich ab, indem sie einen Besitz annehmen, der bloß rechtmäßig oder bloß redlich, oder rechtmäßig und redlich zugleich ist. Ich habe daher zunächst von dem rechtmäßigen Besitze, d. h. von dem Besitze zu sprechen, dem ein tauglicher Titel zum Grunde liegt.

Bei den Römern bedeutet *Causa* einen Erwerbsgrund des Besitzes, der zugleich geeignet ist, Eigenthum zu begründen. *Justa* causa ist ein erlaubter Erwerbsgrund. (Eine gesetzlich verbotene Schenkung ist nicht justa causa). Wenn der Besitzer in einem entschuldbaren Irrthum befangen glaubt, justa causa zu haben, während sie fehlt, so mag die justa causa erroris als justa causa possessionis gelten (Putativ-Titel). Z. B. Es schließt Jemand mit einem Wahnsinnigen einen Kauf ab, ohne dessen Geisteszustand zu kennen.

Vergleichen wir diese Römischen Begriffe mit den in unsern Gesetzen enthaltenen Definitionen, so finden wir vorerst, daß ein bloßer Putativ-Titel nicht anerkannt wird. Einzig Tessin [1]) scheint in §. 1207 einen solchen zuzulassen: La qualità di erede, di donatario, di legatario e *simili* attribuisce un giusto titolo

---

[1]) Vielleicht auch Aargau §. 438.

rispetto alle cose comprese nell' eredità, donazione o legato, e che *si credevano alla medesima appartenenti.* Unger[1]) betrachtet die Ausschließung eines bloßen Putativ-Titels als eine gerechtfertigte Abweichung von dem römischen Rechte, welches ja auch nur post magnas varietates dazu gekommen sei, der laxeren Anschauungsweise Eingang zu gestatten. Ich dagegen möchte umgekehrt bezweifeln, daß es wohl gethan gewesen sei, die größere Berücksichtigung eines entschuldbaren Irrthums, zu welcher die Römer in naturgemäßer Entwicklung gelangt waren und die mir ganz im Geiste des modernen Rechts zu liegen scheint, wieder aufzugeben.

§. 17.

Wenn Zürich in den §§. 495 und 539 als Grundlage des rechtmäßigen Besitzes „einen auf **Besitz**erwerb gerichteten „und dafür tauglichen Rechtsgrund" bezeichnet, statt von **Eigenthums**erwerb zu sprechen, so beruht diese fehlerhafte Redaction wohl auf einem bloßen Versehen.[2]) Auch weisen die beigefügten Beispiele „Kauf, Geschenk, Erbrecht" klar darauf hin, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Wege, auf denen Eigenthum erworben wird, vor Augen gehabt hat. Der Commentar zu §. 495 bringt zwar auch die Verpfändung und den Miethvertrag als Titel des Pfandbesitzes und des Miethbesitzes zur Sprache. Es scheint mir aber diese Vermischung ganz ungleichartiger Verhältnisse geeignet, Verwirrung zu erzeugen. Der Titel hat ja nur Bedeutung für den Eigenthumsbesitz und für den Quasibesitz dinglicher Rechte, indem er der Ersitzung, der Publicianischen Klage und dem Fruchterwerbe des gutgläubigen Besitzers als Stütze dient.

Oestreich erläutert in §. 316 den Ausdruck gültiger Titel durch die Umschreibung „ein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund" und denkt dabei ohne Zweifel an die Erwerbung des Eigenthums.

Bern (§. 353) und Luzern (§. 225) definiren den gül-

[1]) Oestreichische Vierteljahrsschrift von Haimerl, I, 79 f.
[2]) Hiemit ist zu vergleichen: Arndts, kritische Ueberschau, I, 379.

tigen Titel als „einen Grund, der es dem Besitzer rechtlich „möglich mache, den Besitzgegenstand in derjenigen Hinsicht, in „der er den Besitz ausübt, zu dem Seinen zu zählen", d. h. als einen Grund für den Erwerb des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts.

In Solothurn (§. 673) gilt derjenige Besitz als rechtmäßig, „der auf gültige Art erworben ist."

Aargau §. 438 und die westschweizerischen, dem französischen Code folgenden Gesetzbücher definiren nur den redlichen, nicht den rechtmäßigen Besitz, *la possession de bonne foi.* [1]) Sie nähern sich hierin dem römischen Rechte. Es gilt dieß ganz besonders von Tessin, dessen Begriffsbestimmungen (§§. 1193, 1206—1208) besser redigirt sind als die der übrigen Gesetzgebungen. In §. 1193 werden die drei verbundenen Momente il possesso, il giusto titolo e la buona fede als Grundlage der Ersitzung festgestellt und es bezeichnet sodann §. 1206 das Wesen des tauglichen Titels ganz richtig als una delle cause *atte a trasferire il dominio.* Hiemit stimmt die Freiburgische Definition [2]) überein.

§. 18.

Oestreich (§. 380), Bern (§. 413) und Luzern (§. 264) stehen noch unter dem Einflusse der Theorie, welche den Erwerb aller dinglichen Rechte auf zwei Erfordernisse, titulus und modus acquirendi zurückführte. So verfehlt und unbrauchbar auch diese Distinction sein mag [3]), so hat sie doch viel weniger

---

[1]) Es ist zwar in Art. 550 des französischen Code vom possesseur de bonne foi und in Art. 2265 von demjenigen die Rede, qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble; aber der ganze Unterschied zwischen beiden Stellen besteht bloß darin, daß in Art. 550 ein mangelhafter Titel zur Begründung der bonæ fidei possessio genügt, während in Art. 2265 das Moment der justa causa strenger genommen wird (unten §. 22).

[2]) §. 437: *un juste titre*, c'est à dire, une cause *qui peut servir de fondement à la propriété.*

[3]) Unger, öſtreichisches Privatrecht, II, 11. Vangerow, §. 305 und die dort citirten Schriftsteller.

Schaden gestiftet als die Unklarheit darüber, was denn eigentlich unter der Tauglichkeit oder Gültigkeit des Titels zu verstehen sei.[1])

Ich kaufe eine Sache. Der Kauf ist durchaus gültig und rechtsbeständig. Dessenungeachtet werde ich nicht Eigenthümer des Kaufsobjects, weil mein Verkäufer selbst kein Eigenthum daran gehabt hatte. Oder: ich occupiere die von einem Andern derelinquirte Sache, erwerbe aber doch das Eigenthum derselben nicht, weil sie einem Dritten gehört. Bildet nun im erstern Falle das Eigenthum des Auctors und im letztern Falle das Eigenthum des Derelinquenten auch einen Bestandtheil des Titels?[2]) Ist der Titel untauglich, weil er mir das Eigenthum in der That und Wahrheit nicht verschafft hat? Diese Fragen sind nicht nur wegen der Autorität des römischen Rechts, sondern wegen der Natur der Sache durchaus zu verneinen, indem sonst die ganze Lehre vom rechtmäßigen Besitz gar keinen Sinn mehr hätte. Ein tauglicher Titel würde ja immer Eigenthum verschaffen; rechtmäßiger Besitz und Eigenthum wären identisch und für die Ersitzung und die Publicianische Klage würde kein Spielraum mehr übrig bleiben.

Von diesem Standpunkte gehen auch unsere Gesetze aus, aber sie halten denselben nicht mit vollem Bewußtsein und genügender Consequenz fest und aus dem dießfälligen Schwanken ergiebt sich ganz besonders für die Lehre von dem redlichen Besitze eine unheilvolle Verwirrung, wie unter dieser Rubrik (§§. 22 u. f.) gezeigt werden wird.

Hier mache ich vorläufig nur darauf aufmerksam, daß in Bern §. 353 und Luzern §. 225 unter den Beispielen eines tauglichen Titels, deren Auswahl unter dem Einflusse der im Eingange dieses Paragraphen erwähnten fehlerhaften Theorie

---

[1]) Die Gesetze sprechen bald von einem tauglichen, bald von einem gültigen Titel (z. B. Zürich, §§. 495. 496. 498), ungeachtet diese beiden Ausdrücke keineswegs gleichbedeutend sind.

[2]) Bei Sachen, die ihrer Natur nach offenbar einen Eigenthümer gehabt haben müssen, gehört zwar die Dereliction, aber nicht die Herrenlosigkeit zum Titel (l. 4. und l. 6. Dig. 41, 7). Demgemäß bedarf der Commentar zu §. 497 des Züricher Gesetzes wohl einer Berichtigung.

überhaupt ziemlich unglücklich ausgefallen ist, „die Willens- „erklärung des frühern rechtmäßigen Besitzers" aufgeführt wird. Hier spuckt die Vorstellung, daß auch das Eigenthum des Auctors einen Bestandtheil des Titels bilde. Leuenberger (Vorlesungen I, S. 405) hat schlagend nachgewiesen, daß entweder das Wort rechtmäßigen oder das ganze Kapitel über die Ersitzung ausgestrichen werden müsse. Auffallend ist es nur, daß Leuenberger (ib. S. 106 unten) im Widerspruch mit seinem eigenen bündigen Raisonnement denjenigen, der „in guten „Treuen von einer unverdächtigen Person ein Pferd kauft und „solches nach dem landesläufigen Preise bezahlt" nur für einen redlichen, nicht aber für einen rechtmäßigen Besitzer zu halten scheint, wenn der Verkäufer das Pferd gestohlen hatte.

Noch klarer tritt jene falsche Vorstellung in dem freiburgischen Gesetze, welches den §. 352 des bernischen Gesetzes copiert hat, zu Tage (§. 437. La possession est légitime, si elle repose sur *un juste titre* . . . ., comme . . une vente, une donation ou un legs *du véritable propriétaire)*.

§. 19.

Fast alle Gesetze der Schweiz führen als Beispiele eines tauglichen Titels das gerichtliche Urtheil und die Erbfolge an. Die Bedeutung des gerichtlichen Urtheils ist im gemeinen Recht bekanntlich bestritten. Was die Erbfolge betrifft, so ist die usucapio pro hærede in sehr enge Grenzen eingeschlossen. Der Erbe tritt mit Hinsicht auf die Ersitzung und das Recht, die Publiciana anzuheben, an die Stelle des Erblassers. Hatte der Erblasser die Sache gekauft, so usucapiert auch der Erbe pro emtore, nicht pro hærede; war der Besitz des Erblassers zur Usucapion nicht geeignet, so usucapirt auch der Erbe nicht.

Auch im deutschen Rechte ist die Gewere des Erben immer nur die des Erblassers, [1]) und nur insofern von Wichtigkeit, als eben die Behauptung des Erwerbers durch Erbfolge die Behauptung einer ältern Gewere in sich schließt. [2])

---

[1]) Albrecht, Gewere, 106.

[2]) Delbrück, 60.

Unsere Gesetze stehen also, indem sie die Erbfolge als selbständigen Titel hinstellen, mit dem römischen sowohl als mit dem deutschen Rechte in Widerspruch.

§. 20.

Wer sich auf bonæ fidei possessio stützt, muß nach römischem Rechte den Titel beweisen, was ganz den allgemeinen Regeln über die Beweislast entspricht; hingegen die bona fides wird vermuthet. Ich kann diese Vermuthung nicht aus einem Jedermann zustehenden natürlichen Rechte, für redlich gehalten zu werden, herleiten [1]) Wenn es gestattet wäre, die præsumtio boni viri auf diese Weise in das Gebiet des Privatrechts hinüber zu tragen, so müßte man wohl einen Schritt weiter gehen und auch die Existenz eines tauglichen Titels präsumiren. Es scheint mir aber, daß man die Art und Weise, wie die Römer die Beweislast vertheilen, sehr wohl erklären kann, ohne zu irgend einer Präsumtion seine Zuflucht zu nehmen. Man kann offenbar von dem Besitzer bloß verlangen, daß er die Art und Weise, wie er den Besitz erworben hat, dem Richter vor Augen führe. Sein Inneres, sein Bewußtsein kann er nicht bloßlegen. Es genügt, daß er den äußern Hergang constatirt. Aus den dießfälligen Umständen wird dann der Richter von selbst über die bona oder mala fides sich ein Urtheil bilden können, welches natürlich zu Ungunsten des Besitzers ausfallen kann, wenn dieser z. B. einen unverhältnißmäßig niedrigen Preis bezahlt hat.

Das östreichische, das französische und alle schweizerischen Gesetzbücher (einzig das dem römischen Rechte folgende zürcherische ausgenommen) präsumiren nicht bloß die Redlichkeit, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Besitzes. Oestreich (§. 324), Bern (§. 356), Luzern (§. 228) und Freiburg (§. 440) [2]) fassen zwar zunächst den Besitzer, der im Processe

---

[1]) Commentar zu §. 500 des Gesetzes von Zürich.

[2]) Freiburg spricht zwar in §. 440 nur die Präsumtion de la bonne foi aus; aber die Verwandtschaft des freiburgischen mit dem östreichischen und französischen Rechte macht es schon an sich wahrscheinlich, daß in dieser

die Stellung des Beklagten einnimmt, ins Auge. Darauf deutet die Vorschrift hin, daß der Besitzer nicht zur Angabe des Titels aufgefordert werden könne, welche von den Commentatoren durch c. 11. C. de petit. hæred. (III. 31.) und ähnliche Stellen, aus denen man die Maxime gebildet hat: „incivile est, titulum possessionis petere," [1]) erläutert wird. Es gilt aber die Präsumtion ohne allen Zweifel für den Besitz überhaupt.

Der Ausspruch des französischen Code (Art. 2230) „On est toujours présumé posséder pour soi *et à titre de propriétaire,*" der in alle westschweizerischen Gesetze (Freiburg inbegriffen §. 429) Eingang gefunden hat, könnte dem Wortlaute nach auch bloß den Sinn haben: im Zweifel sei der Besitz als Eigenthumsbesitz und nicht als Detention aufzufassen. Dem ist aber nicht so; jene Worte sollen nicht bloß die Präsumtion des animus domini, sondern die Vermuthung des Titels, ja sogar des Eigenthums begründen. So sagt z. B. Rogron im Commentar zu Art. 2230: Tant qu'on n'apporte pas la preuve que je ne suis pas propriétaire, ce titre est supposé m'appartenir; car la possession est un fait qui accompagne ordinairement la propriété et la présomption est donc en ma faveur.

Vergleicht man den Art. 2230 mit dem vielbesprochenen Art. 2279, (En fait de meubles, la possession vaut titre.) so besteht der Gegensatz darin, daß die im Art. 2230 ausgesprochene Präsumtion durch den Gegenbeweis entkräftet werden kann, während der im Besitze einer beweglichen Sache vermöge einer Fiction enthaltene Titel unumstößlich ist.

Hingegen der vom französischen Rechte abweichende Satz 2 des §. 2129 Freiburg (la possession . . . d'un meuble . . . établit la présomption de la propriété) ist in §. 429 (on est présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire) schon enthalten und hätte daher weggelassen werden können.

Ebenso ist §. 1212 Tessin (per riguardo ai mobili il

Präsumtion die Vermuthung des Titels eingeschlossen sei. Diese Wahrscheinlichkeit wird durch §§. 429 und 2129 Satz 2 zur Gewißheit erhoben.

[1]) Roßhirt Dogmengeschichte, Seite 193.

possesso si presume acquistato con giusto titolo) wegen des vorhergegangenen §. 1196 (Si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso e a titolo di proprietà) vollkommen überflüssig.

Die Präsumtion des Titels paßt nicht gut in den Rahmen des römischen Rechts, in welchen alle diese Gesetze die Besitzlehre eingezwängt haben. Dagegen bildet die Vermuthung, daß der Besitzer Eigenthümer sei, die Grundlage der deutschen Klage aus dem ältern Besitze; sie trifft in hundert Fällen neunundneunzig Mal zu; sie läßt sich theoretisch gar wohl begründen und entspricht, gehörig gehandhabt, dem praktischen Bedürfnisse ganz vortrefflich.[1]) Wie tief sie wurzelt, dafür spricht die Thatsache, daß sie fast in allen modernen Gesetzgebungen dem Eindringen des römischen Rechts gegenüber sich behauptet hat. Auch in England und Amerika gilt possession ohne alle Frage als presumtive ownership.[2])

4. Redlicher Besitz.

§. 21.

Die Definition des Tessinischen Gesetzes (§. 1208: La buona fede consiste nell' opinione che quelli da cui si è ricevuto la cosa che si possiede, avesse il diritto di trasferirne il dominio) steht wohl mit dem römischen Rechte vollkommen im Einklange, nur bedarf sie noch einer Ergänzung für die freilich selten vorkommenden Fälle des originären Besitz- und Eigenthums-Erwerbs. Wenn Jemand eine Sache mittelst eines tauglichen Titels an sich gebracht hat und doch nicht Eigenthümer derselben geworden ist, so kann dieß nur daher rühren, daß sein Auctor weder selbst Eigenthümer, noch vom Eigenthümer zur Veräußerung ermächtigt und beziehungsweise (im Fall des originären Erwerbes) daß die Sache nicht

---

[1]) Hierüber verweise ich auf Delbrück (oben §. 4).

[2]) *Walker*, introduction to American law p. 306. In England wird die Präsumtion des Eigenthums mit dem Feudal-System in Zusammenhang gebracht (Law Magazine Mai 1858. p. 184).

herrenlos war. Hat der Betreffende diesen Mangel gekannt und trotz dieser conscientia rei alienæ die Sache erworben, so fällt ihm böser Glaube zur Last; befand er sich hingegen im Irrthum, so kommt ihm sein guter Glaube, Eigenthümer geworden zu sein, zu Statten. Ob der Irrthum entschuldbar sei, oder nicht, ist für die Existenz der bona fides gleichgültig. Mangel an Sorgfalt oder Einsicht und Unredlichkeit sind zwar Begriffe, die nicht mit einander verwechselt werden dürfen. Doch kann die Wirkung der bona fides für die Usucapion je nach der Beschaffenheit des Irrthums verschieden sein.

§. 22.

Der französische Code civil handelt an zwei Orten vom redlichen Besitze, in der Lehre vom Fruchterwerb (Art. 550) und in dem die Verjährung ordnenden Titel (Art. 2265 u. f.).

Was die in Art. 2265 enthaltene Vorschrift (Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans etc.) betrifft, so entspricht dieselbe durchaus der Regel des römischen Rechts betreffend justa causa und bona fides (abgesehen davon, daß ein Putativ-Titel nach französischem Rechte zur Usucapion nicht zureicht). Namentlich ist man darüber einig, daß das Eigenthum oder die Veräußerungsbefugniß des Besitzvorgängers keinen Bestandtheil des Titels bildet. So bemerkt z. B. Rogron in dem Commentar zu Art. 4265. Il ne faut pas se méprendre sur le sens de ces mots, *un juste titre;* ils ne signifient pas un titre émané du véritable propriétaire, car il suffirait seul pour assurer la propriété sans qu'il fut besoin de la prescription; mais ils signifient un titre rédigé dans les formes voulues par la loi et qui transférerait la propriété s'il émanait du véritable propriétaire. [1])

In Art. 550 (Le possesseur est *de bonne foi* quand il possède comme propriétairc, en vertu d'un titre *translatif de propriété* dont il ignore *les vices*) wird das Requisit der

---

[1]) Hiemit ist auch zu vergleichen: Zachariä (Anschütz) Band I, Seite 546 u. f.

justa causa gemildert. Ein Titel ist immerhin nöthig, aber allfällige Mängel desselben schaden dem Besitzer nur dann, wenn er sie kannte oder kennen mußte. [1]) Die Redaction des Art. 550 ist nicht ganz genau, indem hier (abweichend von Art. 2265) auch das Eigenthum oder die Veräußerungsbefugniß des Auctors als Bestandtheil des Titels stillschweigend voraus gesetzt wird. So hebt z. B. Rogron als den Hauptfall eines vitiosen Titels gerade den heraus: si la vente a été faite par un individu qui n'était pas propriétaire des biens.

Alles dieß gilt auch für die Gesetze von Waadt, Wallis, Neuenburg und Freiburg, welche die Definitionen des französischen Code wörtlich adoptirt haben.

§. 23.

Das östreichische Gesetzbuch bestimmt in §. 326 den Begriff des redlichen Besitzes im Wesentlichen übereinstimmend mit dem römischen Rechte folgendermaßen: „Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer."

„Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache Andern gehöre."

„Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger und doch ein redlicher Besitzer sein."

Der Hauptfehler dieser Redaction besteht darin, daß sie es zweifelhaft läßt, ob die Ansicht des Besitzers, daß er der Eigenthümer der von ihm besessenen Sache sei, gleichwohl als bona fides aufgefaßt werden müsse, wenn sie schon auf einem nicht entschuldbaren Irrthum beruhe. Früher wurde ziemlich allgemein diese Frage verneint. Es hat nun aber Unger in der östreichischen Vierteljahrschrift (Bd. I. S. 79) dargethan, daß der erste Satz des §. 329 durch den letzten, nicht der letzte durch den ersten zu erläutern sei. Da nun in dem letzten Satze ein Rechtsirrthum, also ein nicht entschuldbarer Irrthum, als Grund

---

[1]) Zachariä (Anschütz) I, S. 501 u. f.

der bona fides mit klaren Worten anerkannt werde, so könne in den beiden ersten Sätzen nur folgender Sinn gefunden werden: Der Richter habe zu untersuchen, ob es nach den Umständen wahrscheinlich sei, daß der Besitzer die Sache für die seinige gehalten habe. Werde diese Frage bejaht, so sei bona fides anzunehmen, gleichviel ob der Irrthum des Besitzers als entschuldbar erscheine oder nicht.

§. 24.

Ganz fehlerhaft ist die in §. 355 des bernischen Gesetzes enthaltene Definition: „Der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Titels zu zweifeln, ist ein redlicher und derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Titels kennt, ein unredlicher Besitzer.“

Unter dem Ausdruck „Rechtmäßigkeit“ des Titels ist ohne Zweifel nichts Anderes zu verstehen, als „Gültigkeit“ oder „Tauglichkeit“. Demgemäß wäre also Jemand, der eine Sache wissentlich von einem Nichteigenthümer gekauft und bezogen hat, gleichwohl ein redlicher Besitzer; denn sein Besitz stützt sich sich ja auf einen tauglichen Titel. Schnell in seinem Commentar sagt: „Wer keinen Grund habe, zu zweifeln, daß er durch seinen Besitztitel das betreffende Recht erworben habe, sei ein redlicher Besitzer; wer hingegen wisse, daß ihm sein Titel kein Recht gewähren könne, und daß er durch seinen Besitz fremde Rechte verletze, sei ein unredlicher Besitzer.“ Dieß ist ganz richtig, und man kann unmöglich dem Gesetze einen andern Sinn unterlegen; nur irrt sich Schnell, wenn er glaubt, daß diese Erläuterung dem Wortlaute der gesetzlichen Vorschrift entspreche. Er übersieht eben, daß ein Titel gültig und rechtmäßig und doch unwirksam sein kann, weil es am Rechte des Auctors fehlt, oder weil eine res non libera okkupirt ist. Im gleichen Irrthum scheint — wie schon oben §. 18 bemerkt wurde — Leuenberger in seinen Vorlesungen Bd. I. S. 406 befangen zu sein, während er unmittelbar vorher auf Seite 405 mit aller Bestimmtheit die Regel aufstellt: „Die Unrechtmäßigkeit des Besitzes des Vorgängers thut

der Rechtmäßigkeit des Besitzes des Nachfolgers keinen Eintrag.

Zu tadeln ist auch, daß das Gesetz die bona fides nicht einfach vom Nichtwissen abhängig macht, sondern untersucht, ob der Besitzer Grund gehabt habe, zu zweifeln.

Der zweite Satz des §. 355 [1]) wird von Schnell dahin erläutert: „ein Besitzer, welcher anfange Zweifel in die Rechtmäßigkeit seines Titels zu setzen, höre auf, redlicher Besitzer zu sein, ohne deßhalb unredlicher Besitzer zu werden.“ So würde zwischen dem redlichen und unredlichen Besitz noch ein sonderbarer Zwitterbegriff hineingeschoben, von dem aber das Gesetz selbst gar nichts weiß. Das Gesetz hat den Fall einer gegen den redlichen Besitzer angestellten Vindication im Auge. Aus Gründen, die processualischer Natur sind, steigert es von der Anhebung der Klage an, die Verantwortlichkeit des Besitzers, ohne daß er deßhalb aufhören würde, als redlicher Besitzer zu gelten.

§. 25.

Das Luzernische Gesetz combinirt in §. 227 den §. 326 des östreichischen und den §. 352 des bernerischen Gesetzes. [2])

Besser wäre es offenbar gewesen, sich ganz an das östreichische Gesetz zu halten. Doch ist es auffallend, daß Pfyffer in seiner Darstellung der Lehre vom Besitze nach luzernerischem Rechte [3]) den Begriff der bona fides ganz in Uebereinstimmung

---

[1]) „Der redliche Besitzer soll sich von dem Zeitpunkte hinweg, wo er mit den Umständen bekannt wird, welche die Rechtmäßigkeit seines Titels zweifelhaft machen, bis zu demjenigen, wo dieser Zweifel gehoben wird, in Betreff des Besitzgegenstandes, wie ein Verwalter einer fremden Sache ansehen.“

[2]) §. 227 Luzern: Der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Titels zu zweifeln, und der also die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher, und derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Titels kennt und der also weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern gehöre, ist ein unredlicher Besitzer.

[3]) Zeitschrift der juristischen Gesellschaft des Kantons Luzern 1858 zweite Lieferung S. 4.

mit der fehlerhaften Redaction des Bernerischen Gesetzes definirt, ohne auf die in dem Gesetze des Kantons Luzern immerhin wahrnehmbare Verbesserung irgendwie hinzuweisen.

Der zweite Satz des Bernerischen §. 355 steht in Luzern (§. 229 u. f.) in einem andern Zusammenhange, indem er ganz richtig mit dem Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers und seiner Stellung gegenüber einem siegreichen Vindicanten verknüpft worden ist.

§. 26.

Die Zürcherische Definition des redlichen Besitzes [1]) leidet ganz an dem gleichen Gebrechen, wie die Bernische. So kommt man allerdings zu dem sonderbaren Ergebnisse, welches der Commentar zu 495 mit logischer Consequenz dem Wortlaute des Gesetzes entnimmt, daß nämlich der rechtmäßige Besitz immer zugleich ein redlicher, aber nicht jeder redliche Besitz auch ein rechtmäßiger sei.

Daß in §. 498 einem Besitzer, der bei der Erwerbung der Sache unaufmerksam gehandelt hat, die Redlichkeit abgesprochen wird, ist kaum zu billigen. (Hierüber ist das in §. 23 Gesagte zu vergleichen.)

§. 27.

Der Vollständlichkeit wegen folgen hier noch die entsprechenden Vorschriften des solothurnischen und aargauischen Gesetzbuches.

Solothurn §. 676: „Der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu zweifeln, ist ein redlicher.“ §. 677. „Der redliche Besitzer wird vom Augenblicke an, wo in Beziehung auf sein Besitzthum eine Klage anhängig gemacht ist, wie ein Verwalter einer fremden Sache angesehen.“

Aargau §. 438: „Wer eine Sache, die er besitzt, aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer.“

---

[1]) §. 497: Der redliche Besitz setzt voraus, daß der Besitzer die Besitzergreifung nicht als eine unrechtmäßige gekannt habe.

Die Kritik dieser Begriffsbestimmungen ergibt sich aus dem oben Gesagten von selbst.

§. 28.

Wenn der Besitzer erst nach der Erwerbung des Besitzes die Entdeckung macht, daß er nicht Eigenthümer geworden ist, so hindert ihn das Wegfallen des Irrthums, in welchem er vorher befangen war (die mala fides superveniens), nach Römischem Rechte nicht an der Ersitzung. Das neuere canonische Recht hingegen hat den entgegengesetzten Grundsatz ausgebildet.[1])

Der französische Code civil hält (abweichend vom ältern Rechte) an dem römischen Prinzip fest (Art. 2269. Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition).[2])

Ebenso Neuenburg (Art. 1785). Es ist mir zwar nicht recht klar, weßhalb das neuenburgische Gesetz für nöthig gefunden hat, den Art. 2269 des französischen Code zu adoptiren und überdieß noch beizufügen, si la possession est appuyée sur un titre, während doch nach Art. 1818 für die Ersitzung kein Titel erforderlich und die Einrede des bösen Glaubens ausgeschlossen ist. Waadt, dessen Art. 1570 dem neuenburgischen Art. 1818 entspricht, hat mit Recht die Vorschriften betreffend die bona fides weggelassen. Ebenso Wallis (Art. 2016 gleich 1818 Neuenburg).

Wie Freiburg (Art. 2126 u. f.) es mit der mala fides superveniens hält, vermag ich dem Gesetzbuche nicht zu entnehmen.

Tessin huldigt dem canonischen Rechte (1209. Non basta la buona fede al tempo dell' acquisto, ma deve continuare per tutto il tempo stabilito per la prescrizione).

Ebenso Zürich §§. 497, 642, Bern §. 1030, Luzern

---

1) Hildenbrand, Geschichte der Bestimmungen des Canonischen Rechts über bona fides (Archiv für civil. Praxis Bd. XXXVI. No. II.

2) Es ist dieß eine Begünstigung der prescription, welche von den französischen Juristen außerordentlich hoch geschätzt und als la patronne du genre humain gepriesen wird.

§. 779, hingegen Solothurn (§. 753) und Aargau (§. 851) haben das gleiche System wie Neuenburg, Waadt und Wallis.

5. Unvordenklicher Besitz.

§. 29.

In einem Rechts-Systeme, in welchem nicht bloß die Redlichkeit, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Besitzes vermuthet wird, läßt die ordentliche Ersitzung kein praktisches Bedürfniß übrig, welches durch das Institut des unvordenklichen Besitzes befriedigt werden könnte. Hieraus ergibt sich von selbst, daß für dieses Institut in unsern Gesetzen (einzig das Zürcherische ausgenommen) kein Raum sich findet. Aber auch in Zürich wird mit Hinsicht auf die Ersitzung von Grundstücken der mangelnde Titel schon durch den Ablauf einer Zeit von dreißig Jahren nicht erst durch die Unvordenklichkeit ersetzt (§. 539). Ueberdieß wird in allen Fällen, in denen von Unvordenklichkeit die Rede sein könnte, der Titel Erbfolge ausreichen.

Mit Beziehung auf die Servituten hat die zürcherische Doctrin in den dreißiger Jahren dem unvordenklichen Besitze eine Bedeutung verschafft, von der man früher nichts wußte, und die nun durch das privatrechtliche Gesetzbuch wieder zerstört worden ist. Man fühlt sich versucht, zu sagen: „Wie gewonnen, so zerronnen.“ Vor dem Jahr 1830 stand im Bewußtsein des Volkes der Satz durchaus fest, daß Servituten in zehn und beziehungsweise in dreißig Jahren ersessen werden, je nachdem ihre Ausübung jährlich oder nur je das dritte Jahr Statt finde. Diesen Satz ignorirte die neue Doctrin und die aus ihr hervorgegangene Praxis und stellte dafür das Princip auf, daß der unvordenkliche Quasibesitz einer Servitut die Vermuthung für das rechtliche Bestehen derselben begründe. Was unter Unvordenklichkeit zu verstehen sei, war lange sehr zweifelhaft, bis endlich die Ansicht durchdrang, daß ein Zustand unter den Begriff der Unvordenklichkeit falle, wenn Niemand weder aus eigener Wahrnehmung noch aus persönlichen Mittheilungen seiner Vorfahren eine Zeit kenne, zu welcher derselbe noch nicht vorhanden gewesen sei. Das privatrechtliche Gesetzbuch hat nun

wieder an der Stelle des unvordenklichen Besitzes die Ersitzung in einer bestimmt abgegrenzten Zeit eingeführt, jedoch derselben mit Rücksicht auf das Princip der Publicität der dinglichen Rechte an Grundstücken einen sehr engen und unbedeutenden Wirkungskreis angewiesen.

Den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz ist also das Institut der unvordenklichen Besitzes fremd. Einzig der Code des Kantons Freiburg bringt dasselbe an zwei Stellen zur Sprache. (§. 528. Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières appartiennent à l'Etat, à moins que la commune du lieu n'ait titre ou usage immémorial en sa faveur. §. 2128. Lorsque la loi admet la possession ou l'usage immémorial comme moyen d'acquérir des immeubles ou des droits sur les immeubles [comme par exemple à l'art. 528] elle entend par là une possession ou un usage dont aucune homme vivant ne se rappelle avoir vu le commencement.) Ich sehe nicht, daß die Vorschrift des §. 2128 noch außer dem als Beispiel citirten §. 528 sonst irgendwo Anwendung finde. Das in §. 528 behandelte Verhältniß aber gehört weniger dem Privatrecht als dem öffentlichen Rechte an, welches überhaupt als das eigentliche Feld der Wirksamkeit der unvordenklichen Zeit sich darstellt.

III. Die Erwerbung des Besitzes.

1. Einseitiger Besitzerwerb.

§. 30.

Ein einseitiger Besitzerwerb entbehrt entweder jeder rechtlichen Grundlage oder er stützt sich auf die Herrenlosigkeit der betreffenden Sache oder auf die Erbfolge. Es ist wohl völlig überflüssig, hier die widerrechtliche Aneignung fremden Besitzes oder die Occupation einer herrenlosen Sache einer Analyse zu unterwerfen. Auch die Art und Weise, wie der Erbe die in dem Nachlasse des Erblassers sich befindenden Sachen in Besitz nimmt, bietet an und für sich nichts Bemerkenswerthes

dar. Wir finden aber in den meisten schweizerischen Gesetzen das Princip des deutschen Rechts: **der Todte erbt den Lebendigen**, *le mort saisit le vif.* (Französischer Code, Art. 724 [1]) Waadt 745, Wallis 800 und 802, Tessin 435, Freiburg 955 bis 958, Zürich 493, Solothurn 606. Dagegen Neuenburg 576, Bern 513, Luzern 381 und 382.). Dieses Princip hat eine gedoppelte Bedeutung: Einmal sagt es, daß der Erbe im Augenblicke, in welchem der Erblasser stirbt, ganz von selbst (ipso jure) die Persönlichkeit desselben (so weit das Vermögen in Frage kommt) gewissermaßen in sich aufnimmt, und zweitens soll darin liegen, daß neben den Rechten auch der Besitz des Erblassers ebenfalls von selbst auf den Erben übergehe. Der letztere Satz steht in einem gewissen Zusammenhange mit derjenigen Auffassung, welche den Besitz als präsumtives Eigenthum behandelt (§. 20). Nach Delbrücks Untersuchungen hätte das Sprichwort im ältern Rechte bloß den Sinn: **Wer behaupten kann, daß sein Erblasser besessen hat, ist näher zum Eide als der gegenwärtige Besitzer.** Es wäre also nicht der Besitz selbst, sondern nur der Rechtsschutz, den der ehemalige Besitz gewährt, auf den Erben übergegangen. [2]) So viel ist gewiß, daß der Fiction des Besitzesübergangs keine praktische Seite abgewonnen werden kann. Entweder erlangt der Erbe später durch die That reellen Besitz, dann ist es völlig gleichgültig, ob man ihm schon vorher ideellen Besitz (wie das Zürcherische Gesetz sich ausdrückt) angedichtet habe; oder ein Anderer eignet sich den Besitz an, dann geht jedenfalls der auf der Fiction beruhende ideelle Besitz verloren. Unter allen Umständen aber succedirt ja der Erbe in die Rechte des Erblassers mit Hinsicht auf die conditio usucapiendi und die Anstellung der Publiciana.

---

[1]) **Renaud**, kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes. Bd. XIX. S. 409.

[2]) **Delbrück**, die dingliche Klage. S. 69. 294.

2. Die Tradition.

a. Reelle Tradition.

§. 31.

Der Besitz kann direct oder durch Mittelspersonen übergeben und übernommen werden. Ich werde mich bei den dießfälligen Vorschriften unserer Gesetze nicht lange aufhalten. Es stehen dieselben ganz unter dem Einflusse des römischen Rechtes. Selbst die in Zürich §. 489, Satz 2 enthaltenen Regeln[1]) beruhen keineswegs auf der Anschauungsweise des altdeutschen Rechts, nach welcher es keinen direkten, sondern bloß einen durch die Gewere an Immobilien vermittelten Besitz von beweglichen Sachen gegeben haben soll.[2]) Vielmehr sind die fraglichen Sätze wohl eher mit Aeußerungen römischer Juristen in Zusammenhang zu bringen. (z. B.: C. 9. §. 3. de jure dotium: Hæ igitur res, an mariti fiunt, videamus. Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? und C. 18. §. 2. de acquir. vel amitt. poss: Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.) Sie lassen sich übrigens auch aus dem Wesen des Besitzes ganz einfach und ungekünstelt herleiten. Der Besitz eines Grundstücks oder einer Wohnung gewährt dem Besitzer körperliche Macht über die darin oder darauf befindlichen Sachen. Wenn also auch noch der animus domini hinzu kommt, so sind die

---

[1]) §. 489: Sie (d. h. die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken) ist auch dann vorhanden, wenn die Sache in die Wohnung oder das Magazin des Erwerbers gelangt ist, selbst wenn dieser weder persönlich noch durch einen Stellvertreter zugegen war. — §. 492: Der Besitz eines Grundstücks oder einer Wohnung zieht in der Regel den Besitz der beweglichen Sachen nach sich, welche in den Bereich des Grundstücks oder der Wohnung kommen ꝛc. ꝛc.

[2]) Roßhirt, Dogmengeschichte S. 203. Weiske, Rechtslexikon (Bd. IV. 169). Renaud, kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes. Bd. XVII. S. 137 u. f. Warnkönig, französ. Rechtsgeschichte II, 291. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs III, 295. Dagegen Gerber, über die Gewere. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. S. 38.

Voraussetzungen des Besitzes vollständig vorhanden. Gesetzt z. B. daß Jemand sein Haus mit aller darin befindlichen Fahrhabe verkauft und dem Käufer das Haus übergeben habe, so wäre es eine lächerliche Pedanterie, noch eine besondere Tradition der Fahrhabe zu verlangen. So ist das Verhältniß auch von jeher von der Praxis aufgefaßt worden und in andern Kantonen, deren Gesetzbücher über diese Frage schweigen, ist man zu der gleichen Entscheidung gelangt.[1]) Die Vorschrift des aargauischen Gesetzes in §. 511[2]) scheint zu absolut gefaßt zu sein. Andere Gesetzbücher (Zürich §. 649, Bern 433, Luzern 290, Solothurn 744) fügen den Vorbehalt bei: „wenn nicht der Bote oder Fuhrmann den Empfänger repräsentire." Offenbar geht aber das aargauische Gesetz davon aus, daß in diesem Falle die Uebergabe an die Mittelsperson der Uebergabe an den Adressaten gleich stehe.

b. Tradition durch Zeichen oder bloße Willenserklärung.

§. 32.

Der Art. 1606 des französischen Code statuirt eine dreifache Art der Uebertragung des Besitzes beweglicher Sachen: Ou par la tradition réelle, — ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, — ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. Diese Vorschrift ist wörtlich in alle Gesetzbücher der Westschweiz übergegangen (Waadt 1137, Wallis 1350, Neuenburg 1253, Freiburg 1441, Tessin 728).

Oestreich stellt zwar in §. 426 die Regel auf, daß der Besitz von beweglichen Sachen nur durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand übertragen werden könne. Es gestattet dann aber doch in § 427 mit Hinsicht auf Gegenstände, bei denen eine reelle Tradition ihrer Natur nach nicht wohl angehe

---

1) Leuenberger, I, 414. Pfyffer, Besitz nach Luzernerischem Recht. S. 3.

2) §. 511: Uebersendete Sachen werden erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Erwerber empfangen hat.

(z. B. Frachtgüter, Waarenlager- oder andere Gesammt-Sachen) eine Uebergabe durch Zeichen und überdieß anerkennt es in §. 428 (übereinstimmend mit Zürich §. 648) die brevi manu traditio und das constitutum possessorium ohne alle Beschränkung.

Bern (Art. 431 und 432), Luzern (§§. 287 und 288) und Solothurn (§§. 739—741) schließen sich in Form und Inhalt enge an das östreichische Gesetzbuch an. Doch haben Bern und Luzern gegen den Mißbrauch des constitutum possessorium in ganz geeigneter Weise Vorsorge getroffen [1]) und Solothurn scheint in §. 741 nur die brevi manu traditio gut zu heißen, indem von dem constitutum possessorium gar keine Rede ist.

§. 33.

Beim Lichte betrachtet, besteht zwischen allen diesen Gesetzgebungen, wenn sie miteinander verglichen werden, und zwischen denselben und dem römischen Rechte keine wesentliche Verschiedenheit. Die Vorschriften betreffend die s. g. symbolische Tradition können jedenfalls kaum als eine Eigenthümlichkeit des einen oder des andern Systems aufgefaßt werden. Ob der Wille durch Zeichen oder auf andere Weise zu erkennen gegeben werde, ist ziemlich gleichgültig; es frägt sich nur, ob und unter welchen Voraussetzungen der so oder anders geäußerte Wille für sich allein genüge, um den Uebergang des Besitzes zu bewirken. Auf diese Frage finden wir im Grunde allenthalben die gleiche Antwort, die aus der Natur der Sache von selbst hervorgeht. Es gibt nur drei Combinationen, bei denen es möglich ist, daß der Besitz einer Sache von A auf B übergeht, ohne daß in der äußern Lage des Gegenstandes sich irgend etwas ändert. 1) Der bisherige Besitz des A verwandelt sich in Detention zu Gunsten des B (constitutum possessorium); 2) die bisherige Detention des B wird zum Besitz gesteigert

---

[1]) „Die Gläubiger des Uebergebers haben das Recht, wenn derselbe in Concurs geräth, die von ihm auf diese Weise (d. h. durch const. poss.) übergebenen aber nicht förmlich ausgelieferten Sachen zur Masse zu ziehen."

(brevi manu traditio); 3) X, welcher bis dahin die Sache als Stellvertreter des A inne gehabt hatte, detinirt sie von nun an für B.

Das Verhältniß kann sich zwar noch verwickelter gestalten (z. B. die Detention geht von X an Y, von Y an Z, der Besitz von A an B über u. s. f.), [1]) aber es läßt sich doch immer auf diese Faktoren zurückführen

Hienach hat denn auch der Schlußsatz des Art. 1606 des französischen Gesetzes weiter nichts Auffallendes. Er sagt ganz einfach, daß ein Besitzesübergang Statt finde, wenn der Verkäufer es übernehme, die Waare für den Käufer zu detiniren, oder wenn derjenige, welcher bis dahin die Waare als Depositar, Mandatar u. s. f. detinirt hatte, sie kaufe.

c. Verhältniß der Tradition zum Eigenthumserwerb.

§. 34.

Hiemit wäre die Lehre von der Tradition erledigt. Dieselbe steht aber in einem so engen Zusammenhange mit den Vorschriften betreffend den Erwerb des Eigenthums [2]) und diese hinwieder mit der Gestaltung des Eigenthumsschutzes, daß ich mich nicht enthalten kann, beiläufig einen Blick auf diese verwandten Materien zu werfen.

Wenn das Eigenthum durch den bloßen Willen übertragen werden kann, wenn also sein Erwerb von der Erlangung des Besitzes völlig unabhäng ist, so hat die Lehre von der Tradition

---

[1]) Nach dem neuen Gesetze von Genf betreffend die Warrants wird der Besitz der in einem bestimmten Magazin liegenden Waare durch Uebergabe des Warrant übertragen. Eine solche Form der Tradition ist auch gedenkbar für Waaren, die auf dem Transporte begriffen sind und von einem Speditor, Frachtführer u. s. f. an den andern übergehen. (Hiemit ist die Theorie des Connossement zu vergleichen.)

[2]) Der Abkürzung wegen bemerke ich hier Ein für alle Male, daß ich die Uebertragung des Grundeigenthums mit Stillschweigen übergehe, somit alles Folgende bloß auf Mobilien sich bezieht. Nach Einführung des Institutes der Grundbücher hat die Lehre vom Besitz in dieser Richtung nur geringes praktisches Interesse.

geringe praktische Bedeutung und sie wird ganz passend in's Obligationenrecht verwiesen, indem es sich dann einfach frägt, was derjenige, dem die Tradition einer Sache obliegt, zu thun habe, um seiner Verbindlichkeit eine Genüge zu leisten. Deßhalb bestimmt der französische Code die Formen der Tradition ganz richtig im sechsten Theil des dritten Buchs, der vom Kaufvertrag handelt. Wenn hingegen aus rechtspolitischen Gründen, im Interesse des redlichen Verkehrs daran festgehalten wird, daß der Eigenthumsübergang äußerlich für dritte Personen erkennbar sein müsse, wenn deßhalb der Uebergang des Eigenthums an den Uebergang des Besitzes geknüpft wird (oben §. 2), so versteht es sich ganz von selbst, daß man, um jenen Zweck zu erreichen, so viel als immer möglich der Tradition den Charakter eines äußerlich in die Augen fallenden Herganges wahren muß, und daß die dießfälligen Vorschriften im Sachenrechte und zwar in der Lehre vom Eigenthum unterzubringen sind, wo sie denn auch in den Gesetzbüchern der deutschen Schweiz sich finden.

§. 35.

Bei einem Volke, das noch auf einer niedrigern Stufe der Bildung steht und etwas unbeholfen in der Behandlung abstrakter Begriffe ist, zeigt sich das Bedürfniß, rein geistige Vorgänge zu versinnlichen, den idealen Rechtsverhältnissen gewissermaßen eine äußere Stütze zu schaffen, namentlich Eigenthum und Besitz so viel als möglich verbunden zu erhalten u. s. f. [1]). Man braucht nur auf Gerathewohl in irgend einer Sammlung von Urkunden, die dem Mittelalter angehören, herumzublättern, um sich hievon zu überzeugen. Ich enthebe einige Belege dem Urkundenbuch der Abtei Fraumünster (Beilage zu der vortrefflichen Geschichte der Abtei Fraumünster von Georg v. Wyß).

---

[1]) *D'Epinay* de l'influence du droit canonique etc. p. 84. Les peuples barbares ne peuvent connaître les prescriptions de longue durée. Une chose les frappe surtout: c'est le fait de la possession; aussi le confondent-ils avec la propriété, et leurs lois, lorsqu'elles commencent à faire cette distinction, n'imposent à la prescription qu'une très courte durée.

1. Urkunde 251 (4. Juni 1277). Der Zürcherische Bürger Ulrich verkauft seine Häuser am Rindermarkte dem Chorherrenstifte, und empfängt sie dann mit einem jährlichen Zinse belastet als Erbleben zurück. Postmodum venditione completa *traditione facta et possessione quieta in praedictis bonis habita* jamdicti Prepositus et Capitulum easdem areas cum ædificiis hereditario jure concesserunt eidem Uolrico etc. Durch bloßen Vertrag konnte also das Eigenthum nicht in Erbe umgewandelt werden, sondern es war nöthig, diese Veränderung traditione facta et possessione quieta habita äußerlich zur Erscheinung zu bringen. (Nach den beiden folgenden Stellen scheint eine Gewohnheit sich ausgebildet zu haben, nach welcher in einem solchen Falle der den Eigenthumsübergang manifestirende Besitz sechs Wochen und drei Tage dauern mußte).

2. Urkunde No. 149 (zwischen den Jahren 1251 und 1258). Probst Wernher von Zürich und Graf Rudolf von Raprechtswil bezeugen, daß Ulrich Retich in Zürich sein Haus daselbst den Schwestern in Bollingen vergabt und daß diese dasselbe nach Landesbrauch sechs Wochen und drei Tage besessen haben. (Quod dictæ sorores eandem domum per sex septimanas et tres dies secundum jus et consuetudinem Civitatis Thuricensis quiete et pacifice possederunt.)

3. Urkunde No. 301 (4. Merz 1287). Burchard Winter und seine Frau Judenta schenken der Aebtissin Elisabeth verschiedene Fahrhabe; die Aebtissin, nachdem sie solche sechs Wochen und drei Tage besessen, übergibt sie ihnen wieder auf Lebenszeit. (Nos Elisabeth Abbatissa . . . . possessione prædictarum rerum pacifice adepta per traditionem donationem subsecutam, elapsis sex septimanis et tribus diebus a tempore adeptæ possessionis, prænominatis Burcardo et Itæ dictarum rerum concessimus usufructum et liberam administrationem. [1])

---

[1]) Hier dient das Zurückbehalten des Besitzes dazu, um das Eigenthum zu befestigen. Auf diametral entgegengesetzter Anschauungsweise beruht eine Uebung, welche sich unter der Herrschaft des römischen Rechts im Mittel-

4. Urkunde No. 154 (11. Junii 1257). Eine Frau giebt Häuser auf der Petershofstatt ihrem Manne zu Leibding und vergabt sie im Uebrigen der Abtei. Zur Bestärkung und Manifestation (ad majorem evidentiam) der Schenkung wird hier anstatt der Tradition und und des ruhigen Besitzes eine andere Form angewendet: Es empfangen nämlich eine Anzahl Miethsleute die Häuser öffentlich aus der Hand der Aebtissin zur Miethe, dem Leibdingsrechte des Ehemanns unbeschadet. (Ad majorem etiam hujus donationis ordinationis evidentiam, inquilini prædictarum domuum .... de manu sæpefatæ dominæ Mechthildis Abbatissæ .... secundum jus et consuetudinem inquilinorum in Thurego præfatas domos et areas ad inhabitandum nomine locationis publice receperunt, jure antedicti mariti mei in eisdem domibus et areis salvo per omnia remanente.)

5. Urkunde No. 425 (15. Mai 1345). Aebtissin Fides und das Kapitel geben den Kirchensatz zu Skt. Peter in Zürich auf in eine Wiese, „der man sprichet der Ebtischin „wise, ... und ist diu selbe wise, dar in nu dirre kilchen„satz gehört und iemer hören sol, mit einem hage umbe fangen „und mit einem uf geworfen graben in begriffen, durch daz aller „mengelich wisse, merke und sehe, daß diu selbe wise ein sun„derig eigenlich guot ist, dar in wir den vor geschriben Kilchen„satz geben haben als vor gesait ist." Dann verkaufen sie die Wiese mit sammt dem Kirchensatz an Bürgermeister Rudolf Brun um 211 Mark Silbers.

Wenn auch die beiden letzten Stellen die Lehre vom Besitz nicht direct beschlagen, so besteht doch ein mittelbarer Zusammenhang zwischen denselben und der hier besprochenen Frage, weßhalb es wohl zu entschuldigen sein wird, daß ich sie hier eingeschoben habe.

---

alter ausgebildet hat: A schenkt eine Sache dem B und behält sich den Nießbrauch für wenige Tage vor. Dieser Verbehalt soll lediglich dazu dienen, Besitz und Eigenthum auch durch den bloßen Willen (ein constitutum possessorium) an B zu übertragen. (Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II, 187, L. 28. l. 35. §. 5, Cod. VIII. 54. de donat.)

§. 36.

Wer die soeben bezeichnete Erscheinung etwas einseitig auffaßt und allzugroßen Nachdruck auf dieselbe legt, wird leicht zu dem Schlusse gelangen, daß der gänzlichen Emancipation des Eigenthums vom Besitze gar kein Hinderniß mehr im Wege stehe, sobald bei einem Volke der Verstand gewissermaßen das Uebergewicht über die Phantasie gewonnen habe. In diesem Sinne wirft z. B. Calame [1]) dem römischen Rechte Materialismus vor. „Nous ne confondons point (so sagt er) le transport de la propriété avec la tradition ou le transport de la possession. Immatérielle dans son essence, quoique matérielle dans son exercice, c'est aussi d'une manière immatérielle, par le simple accord des volontés intéressées, que la propriété comme droit, se transporte. Les doctrines qui, pour le transport du droit de propriété, exigent une tradition réelle ou symbolique de la chose, sont des réminiscences du droit romain, qui tout en se dépouillant par degrés des solennités des premiers âges, n'est point arrivé néanmoins au spiritualisme de la jurisprudence moderne. Notre jurisprudence coutumiere admet décidément que la propriété se transporte par le simple consentement des parties, sauf les cas où une regle formelle exige autre chose encore, pour la perfection de l'acquisition. Ce transport purement idéal suffit toutes les fois que la propriété transportée est celle d'une chose mobilière."

In gleichem Sinne, aber in weniger urbanem und eleganten Tone äußert sich Thibaut, [2]) daß die Regel „traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" das Kahlste auf der Welt, eine bloße Albernheit sei.

Diese Anklagen gegen das auf das Feinste ausgebildete Recht eines hoch cultivirten Volkes klingen uns beinahe parador. Bevor wir aber über dieselben urtheilen, wird es wohlgethan sein, vorerst diejenigen Rechtssysteme, in denen der von Calame

---

[1]) La coutume neufchateloise S. 86.

[2]) Civ. Arch. XXI. 1.

gepriesene spiritualisme de la jurisprudence moderne so ziemlich auf die Spitze getrieben ist, besonders das französische und das englisch-amerikanische, dem römischen Rechte gegenüberzustellen.

§. 37.

Im französischen Rechte steht der Uebertragung des Eigenthums durch bloßen Vertrag das Princip gegenüber: „En fait de meubles, la possession vaut titre (Art. 2279). Renaud [1]) stellt die Behauptung auf, daß dieser Satz mit Art. 1138 (L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. — *Elle rend le créancier propriétaire* et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a du être livrée, *encore que la tradition n'en ait point été faite etc.*) [2]) absolut unvereinbar sei, daß also der Art. 2279 dem Art. 1138 in der Weise derogire, daß der letztere einzig auf Immobilien Anwendung finde. Dieser Behauptung könnte ich unmöglich zustimmen. Wer seine Sache verkauft, macht durch den bloßen Vertrag mittelst des s. g. constitutum possessorium den Käufer zum Besitzer und zum Eigenthümer; er selbst tritt in die Stellung eines Depositars, der nur die Detention des Kaufsobjects hat. Die Uebertragung des Eigenthums und die Umwandlung des Besitzes à titre de propriétaire in bloße Detention wird durch Art. 2279 auf keine Weise gehemmt. Hingegen ist allerdings so viel richtig, daß der Art. 2279 gewissermaßen eine Sicherheitsklappe bildet, welche den Verkehr gegen die Gefahr, mit der ihn der Art. 1138 bedroht, auf das allerwirksamste schützt, da eine von dem Depositar veruntreute Sache nicht unter die durch den zweiten Satz des Art. 2279 vorgesehenen Ausnahmen von der Regel „la possession vaut titre“ fällt, sondern der Vindication entzogen ist.

---

[1]) Kritische Zeitschrift Bd. XVII. S. 216.

[2]) Die geschichtliche Erklärung der Eigenthümlichkeit des französischen Rechts, nach welcher durch den Kauf selbst das Eigenthum übertragen wird, ist bei Warnkönig (Bd. II. 563) nachzusehen.

Wenn also nur noch gegen simulirte Käufe, die ein Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger oder ein Erblasser zum Behufe der Umgehung der Vorschriften betreffend den Pflichttheil abschließen könnte, geeignete Vorsorge getroffen wird (Art. 1328, 1167 u. s. f.), so ist wenigstens vom praktischen Standpunkte aus gegen die Möglichkeit der Uebertragung des Eigenthums und des Besitzes beweglicher Sachen par le seul consentement des parties wenig einzuwenden.

§. 38.

Ganz anders verhält es sich mit dem englisch-amerikanischen Rechte. Nach diesem ist ebenfalls der bloße Vertrag genügend, um den Uebergang des Eigenthums von dem einen Contrahenten auf den andern zu bewirken. [1]) Hingegen scheint den Engländern und den Amerikanern die Lehre vom anvertrauten Gute gänzlich fremd zu sein.

„Die Regel ist" (so sagt Chitty S. 649), „daß Niemand „das Eigenthum eines Andern, von dem er keine Vollmacht zum „Verkaufe erhalten hat, veräußern kann. Eine Ausnahme von „diesem Grundsatze besteht jedoch für den Verkauf von Waaren „auf offenem Markte. Ein offener Markt ist ein Markt, der „periodisch zu bestimmten Zeiten an einem bestimmten Orte „vermöge obrigkeitlicher Bewilligung oder unvordenklicher Ge„wohnheit abgehalten wird. In London gilt jeder Tag (aus„genommen Sonntag) als Markttag und jeder Kramladen als „Marktplatz, vorausgesetzt, daß der Kauf in denjenigen Räum„lichkeiten abgeschlossen worden sei, die für solche Geschäfte be„stimmt sind und Jedermann offen stehen. [2]) Die Amerikaner anerkennen sogar diese Ausnahme nicht. Walker in seiner Einleitung zum amerikanischen Rechte (S. 405) äußert sich

---

[1]) *Chitty*, *the commercial and general lawyer* (5. Ausg. 1846) p. 598: „if A buys of B a horse, and pays the price, but the horse is not delivered, ... a property is vested in A, which is called a chose in action." und p. 649: If any part of the price be paid, or any portion of the goods delivered by way of earnest, the property of the goods is absolutely bound thereby." *Blackstone* II, 448.

[2]) *Blackstone*, II. 449.

hierüber mit der größten Bestimmtheit: „Von offenen Märkten, „wie sie in England bestehen, wissen wir in diesem Lande nichts. „Es gilt bei uns die einfache aber manchmal ungerechte Regel, „daß Niemand einem Andern ein besseres Recht verschaffen „kann, als er selbst hat. Wenn also ein Dieb, oder sogar Jemand, „dem ein Stück Fahrhabe anvertraut worden ist (or even the „bailee of a chattle), die gestohlene oder anvertraute Sache „einer Person verkauft, die nicht weiß, daß er nicht der Eigen„thümer ist, und die Sache nachher durch noch so viele Hände „von redlichen Erwerbern geht, so kann gleichwohl der Eigen„thümer dieselbe vindiciren, wo er sie findet." Somit besteht zwischen dem französischen und dem englisch-amerikanischen Rechte völlige Uebereinstimmung mit Hinsicht auf die Bedingungen des Eigenthumsübergangs, hingegen ein diametraler Gegensatz betreffend den Eigenthumsschutz. Die Franzosen schützen den Verkehr auf Kosten des Eigenthums und die Engländer und Amerikaner das Eigenthum auf Kosten des Verkehrs auf's Aeußerste. Eine jedenfalls sehr auffallende Erscheinung!

§. 39.

Das Gesetz von Waadt (1681 u. f.) stimmt mit den Art. 2279 und 2280 des französischen Code wörtlich überein. [1]) Wallis (2030, 2031) und Neuenburg (1823, 1824) [2]) weichen bloß in untergeordneten Punkten ab. Auch die östreichische Gesetzgebung (§§. 367, 368) beschränkt die Vindication beweglicher Sachen in ähnlicher Weise wie das französische Recht. Luzern (§. 256 u. f.) schließt sich nach Form und Inhalt,

[1]) Statuten von Waadt II, XV, 298. „La répétition d'une chose dérobée, non parvenue ni restée une année entière ès mains du Seigneur ou de la Justice ne tombera en prescription; ains celui, auquel le larcin aura été fait, la pourra répéter et requérir toutesfois et quantes qu'il le pourra trouver.

[2]) Die neuenburgische Coutume huldigte dem Grundsatze: „Je reprends mon bien où je le trouve". Einzig für gewisse geringe Holzarten gab es eine Ausnahme („bois blanc n'a point de suite") die aber schon durch ein Gesetz vom 26. October 1722 aufgehoben worden ist (Calame 65.)

Solothurn (§§. 745 und 746) wenigstens dem Wesen nach an das östreichische Gesetz an. Zürich (§. 651 u. f.) und Freiburg (§. 539) schützen den Verkehr ebenfalls wirksam genug, indem der redliche Erwerber von anvertrautem Gute dasselbe dem Eigenthümer nur gegen Ersatz des Kaufpreises herauszugeben schuldig ist. Auf die Einzelnheiten näher einzutreten, scheint mir für meinen Zweck nicht nöthig zu sein. Es genügt darauf hinzuweisen, daß das von dem französischen Rechte Gesagte auf alle diese Gesetzgebungen nicht weniger anwendbar ist, d. h. daß bei der starken Begünstigung des gutgläubigen Besitzes, welche in denselben sich finden, die Form der Eigenthumsübertragung geringe praktische Bedeutung hat.

Bern kennt die Lehre vom anvertrauten Gute gar nicht. Leuenberger (Bd. II. S. 233) bezeichnet es als einen Wahn, wenn viele Praktiker die Parömie „Hand muß Hand wahren" für geltendes Recht halten. In diesem Wahne ist freilich der Verfasser des Gesetzes selbst befangen, indem er in seinem Kommentar zu §. 411 die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift folgendermaßen angiebt: In dem ersten Entwurfe (§. 402) war die Eigenthumsklage mit Beziehung auf gestohlene sowohl als unterschlagene Sachen ganz wie im östreichischen Rechte beschränkt. „Da aber der souveraine Rath die Bestimmung der „Gerichtssatzung, welche die Vindication des gestohlenen Gutes „unbeschränkt gestattet, gerechter fand, so befahl derselbe die Satzung „so abzufassen, wie sie hier steht. (411: Auf eine entwendete „Sache kann Niemand einen gültigen Titel erwerben, bis sie „wieder in den Besitz desjenigen gekommen ist, dem sie entwendet worden. Dieser hat das Recht, jeden Inhaber derselben zu der Auslieferung der ihm entwendeten Sache anzuhalten).

„Diese Satzung bezieht sich, sowie das ältere Gesetz, ausschließend auf gestohlene, ... nicht aber auf Sachen, welche „derjenige, dem sie von dem Besitzer zur Aufbewahrung oder „zum Gebrauche übergeben worden, unterschlagen hat. Wer „eine ihm nicht zum Eigenthum übergebene Sache verkauft, „begeht freilich ein Verbrechen, allein die Begehung desselben „ist durch das Zutrauen des Uebergebers erleichtert worden und

„es wäre ungerecht, den redlichen Käufer für den Mangel an „Vorsicht, den sich der Uebergeber zu Schulden kommen ließ, „büßen zu machen." So weit Schnell. Ihm gegenüber beruft sich Leuenberger darauf, daß jede Beschränkung der Vindication auf einer juristischen Singularität beruhe und daß das bernische Recht eine solche Singularität nirgends anerkenne, vielmehr das Vindicationsprincip allgemein und unbedingt sanctionire (§. 409). Es scheint demnach, daß bei der Umarbeitung des ersten Entwurfs aus bloßem Versehen die Vorschrift betreffend die Vindication des anvertrauten Gutes weggefallen ist, und daß dann die Praxis die hierdurch verursachte Lücke anfänglich in Uebereinstimmung mit dem ältern Rechte, später aber im Sinne der römischen Anschauungsweise ergänzt hat.

Aargau giebt ebenfalls dem Eigenthümer ganz unbedingt das Recht, seine Sache von jedem Inhaber zurückzufordern (§. 455) und auch Tessin steht dem römischen Rechte weit näher als dem französischen Code, indem es an die Stelle des Satzes „en fait de meubles la possession vaut titre" folgende Regeln aufnimmt:

Art. 1212. Si prescrive il dominio di cose mobili possedute di buona fede pel corso di tre anni. Per riguardo ai mobili il possesso si presume acquistato con giusto titolo.

1213. Al possessore di cose mobili non si può opporre la mala fede dopo il corso di dieci anni.

§. 40.

Wenn ich zum Schlusse nun noch einmal auf das Verhältniß des römischen zu den modernen Rechtssystemen (§. 36 u. f.) zurückkommen soll, so kann ich mich eben so kurz als bestimmt dahin aussprechen, daß mir die Bedingungen des Eigenthumserwerbs weit weniger wichtig zu sein scheinen, als die Gestaltung des Eigenthumsschutzes. Wo die Interessen des Verkehrs durch Beschränkung der Vindication so energisch gewahrt werden, wie in Frankreich, Oestreich, in der Westschweiz, in Luzern, Solothurn und Zürich, da sehe ich in der That keinen rechten Grund, den Eigenthumsübergang irgendwie zu erschweren. In einem Rechtssysteme hingegen, welches den redlichen Erwerber einer

Sache dem Eigenthümer gegenüber fast schutzlos läßt, ist es allerdings dringendes Bedürfniß, die Aenderung der rechtlichen Herrschaft von einer entsprechenden Aenderung in der äußern Lage des Objects abhängig zu machen, damit dritte Personen um so weniger der Gefahr einer Täuschung ausgesetzt sind (§. 34).[1]) Demnach halte ich es für durchaus gerechtfertigt, daß die Römer die Uebertragung des Eigenthums durch bloßen Vertrag für unstatthaft erklärten. Immerhin aber muß ich Thibaut gegenüber zugestehen, daß die Nothwendigkeit der Tradition dem redlichen Verkehre schon an sich nur eine sehr schwache Garantie darbietet und daß diese Form durch das constitutum possessorium vollends zu einer reinen Illusion, zu einem bloßen Schein und Schatten herabgedrückt werden kann. Roßhirt[2]) bemerkt, das constitutum possessorium bestehe im römischen Rechte nicht, es sei erst von den Neuern künstlich hinein interpretirt worden. So viel ist gewiß, daß es wenigstens bei den Römern nicht üblich gewesen sein kann, das Versprechen des bisherigen Besitzers der Sache, dieselbe für den neuen Erwerber zu detiniren, als ein Surrogat für die Tradition zu behandeln, oder gar ein solches Versprechen als sich von selbst verstehend vorauszusetzen;[3]) sonst wäre wirklich ein erheblicher Unterschied zwischen dem französischen und dem römischen Rechte nicht mehr wahrnehm-

---

[1]) Schnell sagt in seinem Commentar zu §. 350 des bernischen Gesetzes: „Da die Besitzergreifung der bürgerlichen Gesellschaft die Ver„pflichtung auflegt, den Besitz nicht eigenmächtig zu stören, so muß sie eine „äußere für Jedermann erkennbare Handlung sein. . . . . Durch die „Absicht allein, eine Sache zu dem Seinigen zu zählen, kann sich Niemand „zum Besitzer machen, weil diese eine innere Handlung ist, durch welche „denjenigen, denen sie nicht durch die äußere Thatsache der Inhabung an„gezeigt worden, keine Verpflichtung auferlegt werden kann.“

[2]) Dogmengeschichte S. 208.

[3]) Daß den römischen Juristen die Annahme eines constitutum possessorium nicht sehr geläufig war, scheint mir z. B. aus der Ausdrucksweise in l. 1, 77. D. 6, 1. hervorzugehen. Eine Frau schenkt Jemandem, der nicht ihr Ehemann ist, ein Grundstück durch einen Brief und pachtet es von ihm. Nun wird gesagt, „man könne behaupten (posse defendi), daß dem Beschenkten die Eigenthumsklage zustehe, quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam.“

bar, und es könnte in der That der Grundsatz „traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“ mit gutem Grund als etwas sehr Kahles bezeichnet werden.

So steht die Sache auch gegenwärtig noch da, wo der fragliche Satz Geltung hat, z. B. in Zürich. Wenn in Verbindung mit einem die Uebertragung des Eigenthums bezweckenden Geschäfte gleichzeitig im Ernste und in guten Treuen eine andere Uebereinkunft abgeschlossen wird, die nicht ausgeführt werden kann, ohne daß der bisherige Eigenthümer Inhaber der Sache bleibt, wirkt diese letztere ohne allen Zweifel wie ein constitutum possessorium. Aber es ist ganz und gar nicht üblich, einem Kaufe eine Nebenabrede, durch welche das Kaufsobject bei dem Verkäufer deponirt wird, beizufügen, bloß um den Uebergang des Eigenthums ohne wirkliche Tradition zu bewirken, und überdieß werden solche Nebenabreden, wo sie ausnahmsweise vorkommen, mit Mißtrauen aufgenommen, weil sie sehr häufig dazu dienen, gesetzliche Vorschriften zum Schutze der Gläubiger, Erben u. s. f. zu umgehen. Es ist bereits oben (§. 32) erwähnt worden, daß Bern und Luzern es für gut gefunden haben, gegen eine solche mißbräuchliche Anwendung des constitutum possessorium Vorsorge zu treffen. Das neue Civilproceßgesetz des Staats New-York stellt in §. 1780, Ziffer 42 geradezu die Vermuthung auf: „Daß ein Verkauf von „Fahrhabe, welcher nicht mit einer Uebertragung des Besitzes „an den Käufer verbunden ist, auf Schädigung der Gläubiger „des Verkäufers oder derjenigen Personen, welche die gleiche „Sache nachher von dem gleichen Verkäufer in gutem Glauben „erworben haben, betrüglicher Weise berechnet gewesen sei.“

IV. Der Schutz des Besitzes.

1. Das Recht der Selbsthilfe.

§. 41.

Die Befugniß, den Besitz gegen gewaltsame Störungen zu vertheidigen, fließt nicht aus dem Wesen des Besitzes; sie wur-

zelt im öffentlichen, nicht im Privatrechte. Ein solcher Angriff ist immer direct oder indirect eine Kränkung der Person des Besitzers und zugleich eine Verletzung der öffentlichen Ordnung, die sich mit der Eigenmacht nicht verträgt (§. 6). Auf die Beschaffenheit des Besitzes kommt es daher gar nicht an, und es besteht sogar in dieser Beziehung nicht einmal ein Unterschied zwischen dem Besitze und der bloßen Detention.

Hieraus erklärt es sich, daß der französische Code civil und die ihm folgenden Gesetzgebungen der Westschweiz diese Materie gar nicht behandeln.

Bern (§. 360), Luzern (§. 232) und Aargau (§. 448) gestatten in Uebereinstimmung mit Oestreich (§§. 339. 344. 19), die Gewalt mit Gewalt abzutreiben, vorausgesetzt, daß die richterliche Hilfe nicht bei der Hand sei. Freiburg (§. 444) sagt ohne allen Vorbehalt: Il est permis d'opposer la force à la force au moment du trouble.

Solothurn (§. 670) fertigt die Frage nach dem Schutze des Besitzes mit der sehr allgemeinen und nichtssagenden Antwort ab: „Der Besitzer einer Sache oder einer Dienstbarkeit hat das „Recht, dieselben (?) zu schützen.“ Die Civil-Proceßordnung, auf welche verwiesen wird, giebt ebenfalls keinen irgend erheblichen Aufschluß, indem sie in §. 360 einfach vorschreibt: wer auf widerrechtliche Weise in seinem Besitze gestört werde, habe seinen Gegner vor den Richter zu laden. Ich werde daher unter der Rubrik „Schutz des Besitzes“ die solothurnische Gesetzgebung nicht weiter erwähnen.

§. 42.

Zürich unterscheidet (in §§. 501 und 503) zwischen „unbefugter Gewalt oder Beeinträchtigungen, die ein Vergehen begründen“ und anderweitigen eigenmächtigen Störungen des Besitzes. Gegen Angriffe der ersteren Art darf jeder Besitzer sich selbst vertheidigen. Hingegen Verletzungen, die weder als Vergehen erscheinen, noch den Charakter unbefugter Gewalt an sich tragen, berechtigen bloß zur Anrufung gerichtlicher Hilfe, und es wird überdieß sonderbarer Weise diese Hilfe nur dem redlichen Besitzer zugesichert. Das zürcherische

Recht macht sogar jede Klage aus widerrechtlich entzogenem Besitze von der Redlichkeit des Spoliirten abhängig (§. 505). Es steht in dieser Beziehung ganz vereinzelt da.[1]) Selbst das canonische Recht, das doch die Rücksicht auf die bona fides auf die Spitze treibt, ist weit entfernt davon, den gewaltsam aus dem Besitze Verdrängten vorerst nach der Beschaffenheit seines Erwerbtitels und seiner Gesinnung zu fragen, bevor es seiner Klage Gehör giebt. Eine solche Untersuchung läßt sich am Ende begreifen, wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm gegenüber auf unredliche oder fehlerhafte Weise sich den Besitz angeeignet habe, wiewohl auch diese Einrede kaum in irgend einem modernen Rechtssysteme zugelassen wird.[2]) Ein absoluter Ausschluß der Klage des unredlichen Besitzers hingegen ist theoretisch und practisch gleich unhaltbar. Bei Mobilien macht sich die Sache ganz von selbst. Der Beraubte erhält ganz gewiß die geraubten Sachen zurück, ohne daß die Beschaffenheit seines Besitzes untersucht wird. Ich will aber von solchen extremen Fällen absehen und mich an das Beispiel halten, durch welches der Commentar den §. 503 zu erläutern sucht. „Mit dieser Besitzesklage (heißt es) kann der redliche „Besitzer eines Grundstücks den Nachbar verhindern, daß er „durch dasselbe gehe u. s. f." Gerade hier scheint mir auf die bona fides des Besitzers nicht das Mindeste anzukommen. Dieselbe wird in allen den Fällen, in denen der Nachbar eigenmächtig und ohne Rechtsgrund den Besitz gestört hat, kaum zur Sprache gebracht werden.

§. 43.

Abgesehen von der soeben besprochenen Beschränkung des Klagerechts des unredlichen Besitzers (§. 503 Zürich) besteht

---

[1]) Das luzernische Civil-Proceßgesetz spricht sich in §§. 317 und 318 so aus, wie wenn nur der rechtliche oder redliche Besitz Anspruch auf Schutz hätte. Hingegen das Civil-Gesetz (§§. 232 und 235) garantirt jeden Besitz gegen widerrechtliche Störungen.

[2]) Im ältern römischen Recht kann die exceptio vitiosæ possessionis dem interdictum U. V. entgegengesetzt werden, im neuern nicht mehr.

zwischen dem zürcherischen Gesetze auf der einen und Oestreich, Bern, Luzern u. s. f. auf der andern Seite kaum ein erheblicher Unterschied. Die Fälle, in denen Oestreich nicht gestattet, Gewalt mit Gewalt abzutreiben, weil die richterliche Hilfe füglich abgewartet werden kann, entsprechen den nicht unter den Begriff eines Vergehens fallenden eigenmächtigen Störungen des Besitzes, gegen welche Zürich ebenfalls keine Selbsthilfe zulassen will. Es wird namentlich der Kampf um den Besitz eines Grundstücks nicht leicht mit den Fäusten durchgefochten werden dürfen. Selbst Freiburg, welches in §. 444 unbedingt zu erlauben scheint, der Gewalt Gewalt entgegenzusetzen, fügt doch die Beschränkung hinzu: au moment du trouble [1]) und deutet überdieß in §. 445 verständlich genug an, daß der richtige Weg, um sich gegen Störungen im Besitze eines Grundstücks zu schützen, die Auswirkung eines gerichtlichen Verbotes sei.

Daß die Selbstvertheidigung nur gegen unbefugte Gewalt zulässig ist, versteht sich ganz von selbst. Es frägt sich aber, in welchen Fällen ein gewaltsamer Angriff auf den Besitz als berechtigt, der Widerstand gegen denselben als unzulässig zu betrachten sei. In der Regel wird sich der Besitzer nur der Staatsgewalt und ihren in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen sich bewegenden Organen zu fügen haben. Selbst der einfache Bürger, der ausnahmsweise in der Lage sich befindet, einen Verbrecher zu verhaften oder ihm seine Beute abzujagen, handelt nicht in seiner Privatstellung, sondern unter öffentlicher Autorität. Kein Rechtssystem bezeichnet die Bedingungen der Selbsthilfe in der Form des Angriffs und der Vertheidigung so genau, wie das englische.

---

[1]) Der Ausdruck *moment* wird freilich nicht allzu ängstlich ausgelegt werden dürfen. Wie ein Hin- und Herwogen des Kampfes aufzufassen ist, zeigen folgende Aussprüche römischer Juristen l. 17. D. 43, 16: Qui possessionem vi ereptam vi *in ipso congressu* reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est. l. 3. §. 9. D. eod. Eum igitur qui cum armis venit, possumus armis repellere. Sed hoc confestim, non ex intervallo; *dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur; sed et si dejectus quis fuerit, eundem dejicere non ex intervallo sed ex continenti.*

2. Die persönlichen Klagen aus widerrechtlich gestörtem Besitze.

§. 44.

Dem Besitzer fällt im Eigenthumsprocesse die vortheilhafte Rolle des Beklagten zu. Im Zweifel ist zu seinen Gunsten zu entscheiden, indem die Beweislast den Kläger trifft. Bei provisorischen Verfügungen ist dem Besitzer der Vorzug zu geben. Hieraus erklärt es sich, daß sehr oft dem Streite über das Eigenthum ein Vorgefecht über den Besitz vorangeht, sei es, daß jede der beiden Parteien sich den Besitz zuschreibt, sei es, daß zwar der gegenwärtige Besitz außer Zweifel liegt, aber als ein rechtswidrig erworbener angegriffen wird. Die Erscheinung, daß beide Parteien behaupten, sich im Besitze zu befinden, kommt namentlich bei Streitigkeiten, die sich auf Grundstücke beziehen, und besonders bei Grenzstreitigkeiten gar nicht selten vor. Dergleichen Vorfragen sind ganz einfach wie alle andern quæstiones facti zu behandeln. Unsere Gesetze enthalten keine positiven Vorschriften über das dießfällige Verfahren, weßhalb ich mich auch mit demselben nicht weiter beschäftigen will. Es bleibt mir daher nur noch übrig, die zweite Möglichkeit in's Auge zu fassen.

a. Die Gesetze der deutschen Schweiz.

§. 45.

Die Gesetzbücher der Mittelschweiz (Bern §. 371, Luzern §. 235, Aargau §. 450, Freiburg §. 459) schreiben in Uebereinstimmung mit Oestreich (§. 346) vor, daß derjenige, der in rechtswidriger Form (oben §. 14) aus dem Besitze irgend einer Art verdrängt worden ist, binnen der ordentlichen Verjährungsfrist eine Klage auf Wiederherstellung des frühern Zustandes und auf Ersatz des ihm zugefügten Schadens habe. Es versteht sich ganz von selbst, daß die Klage nur gegen den Urheber des Schadens gerichtet werden kann. Der Klagegrund ist eben das Delict des Beklagten, welchem daher auch die Einrede eines stärkeren Rechts auf die Sache versagt wird, während ihm unbenommen bleibt, nach Wiederherstellung des dem Kläger entzogenen Besitzes diesen hinwiederum mit einer dinglichen oder mit einer persönlichen Klage zu belangen.

Daß das zürcherische Gesetz (§. 505) nur dem redlichen Besitzer die Klage gestattet, ist bereits oben in §. 42 zur Sprache gekommen. Ueberdieß weicht Zürich noch in zwei Punkten von Bern, Luzern u. s. f. ab. Fürs Erste kann auch der dritte Besitzer der Sache belangt werden, wenn er bei Erwerbung derselben wußte, daß sie dem Kläger auf widerrechtliche Weise weggenommen worden sei (§. 507). Dagegen ist dann zweitens die Klage nicht länger als sechs Monate, vom Entzuge des Besitzes an gerechnet, in ihrem ganzen Umfange, zulässig, indem nach Ablauf dieser Frist der Beklagte nur noch so weit haftet, als er aus dem begangenen Unrecht bereichert worden ist (§. 508).

Die der neuern Gestalt der actio spolii entsprechende Ausdehnung der Klage auf den dritten unredlichen Erwerber der Sache ist gewiß ganz billig und angemessen, während hingegen eine so kurze Verjährungsfrist für die aus einem Delict herrührende Ersatzpflicht schwer zu rechtfertigen sein dürfte. [1]) Was der Commentar zu §. 508 anführt, erklärt bloß die Nothwendigkeit, nach Ablauf einer gewissen Zeit dergleichen Sachen in der Form des ordentlichen Processes verhandeln zu lassen, nicht aber die möglicher Weise der Zerstörung gleich wirkende Metamorphose des materiellen Klagrechtes.

b. Die Gesetze der Westschweiz.

§. 46.

Die Vorschriften über die Klagen aus dem Besitze finden sich nicht im Code civil, sondern im Code de procédure civile (§§. 23—27). Es beziehen sich diese Vorschriften bloß auf den Besitz von Grundstücken, weßhalb von den meisten Schriftstellern behauptet wird, es finde bei den Mobilien überall keine possessorische Klage Statt. [2]) Diese auffallende Erscheinung sucht man aus dem Art. 2279 des Code (En fait de meubles

---

1) Die Spolienklage verjährt erst nach 30 Jahren.

2) Bruns 449. Zachariä-Anschütz I, 452. Dagegen Renaud, kritische Zeitschrift für R. W. des A. XIX, 409.

la possession vaut titre. Celui qui a perdu ou auquel il a été volée une chose peut la revendiquer pendant trois ans etc.) zu erklären. So sagt Bruns: In den Fällen des Diebstahls und des unfreiwilligen Verlurstes falle die réintegrande (die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes) mit der revendication zusammen; in andern Fällen könne sie nicht zugelassen werden, ohne die Regel „la possession vaut titre" zu verletzen. Dieses Raisonnement ist aber offenbar ungenau. Die réintegrande hat einen ganz andern Klagegrund als die Vindication; von einem Zusammenfallen dieser beiden Klagen kann also nicht wohl die Rede sein. Der Beraubte (Bestohlene, Betrogene u. s. f.) kann in Frankreich gewiß so gut, wie sonst überall in der Welt, den Urheber des Raubs (Diebstahls, Betrugs u. s. f.) mittelst einer persönlichen Klage, bei welcher die Eigenthumsfrage gar nicht zur Sprache kommt, zur Herausgabe der Beute und zum Schadenersatze anhalten. Man kann wohl unbedenklich behaupten, daß in den Kantonen der westlichen Schweiz, welche das französische Recht adoptirt haben, die in Bern §. 371, Luzern §. 235, Aargau §. 450 und Freiburg §. 459 aufgestellten Regeln betreffend das Klagerecht dessen, dem der Besitz einer beweglichen Sache in widerrechtlicher Form entzogen worden ist, unbedingt anwendbar seien. Das im Art. 1382 des französischen Code (Waadt 1037, Wallis 1261 ꝛc.) niedergelegte Princip (Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer) läßt hierüber keinem Zweifel Raum, wenn es überhaupt nöthig sein sollte, für etwas, das sich so sehr von selbst versteht, einen Gesetzes-Text anzuführen. Ueber dergleichen Fragen werden übrigens selten Processe geführt, weil sie entweder nebenbei in einem bloßen Anhange des Strafurtheils geordnet, oder auch je nach den Umständen von der Polizei in sehr summarischer Weise erledigt werden.

§. 47.

Was nun den Besitz von Grundstücken betrifft, so gab es im ältern französischen Rechte zum Schutze desselben drei verschiedene Rechtsmittel: la complainte (gegen partielle Störun-

gen); la réintegrande (bei totaler Entziehung des Besitzes) und la dénonciation de nouvel œuvre. Die gegenwärtige Gesetzgebung kennt nur Eine possessorische Klage. Es muß sich dieselbe auf einen Besitz stützen, der wenigstens Ein Jahr lang öffentlich und friedlich ausgeübt und von dem Beklagten oder seinem Erblasser innerhalb des letzten Jahres irgendwie gestört oder bedroht worden ist. Sie ist also nur Ein Jahr lang, von der Störung an gerechnet, statthaft. Sie ist persönlich und geht nur gegen den Urheber der Störung und dessen Erben. [1]) Auf den Titel und auf die bona fides des Besitzers kommt nichts an; ebensowenig auf die Form des **Erwerbs.** Es genügt, daß ein irgendwie erworbener Besitz später ein Jahr lang öffentlich und friedlich ausgeübt worden ist. Nur ist wohl zu beachten, daß, wer eine Sache für einen Andern (précairement — oben §. 14) detinirt, nicht als Besitzer gilt und die Detention nicht in Besitz umwandeln kann (Code art. 2236—2241).

Ich erlaube mir, hier zur Erläuterung einen Auszug aus einer Abhandlung von Demante (sur les vices de la possession en matière de prescription et d'actions possessoires)[2]), welcher das Verhältniß des französischen zum römischen Rechte kurz und bündig bezeichnet, einzuschieben.

Die Römer unterscheiden mit Hinsicht auf die vitia possessionis zwischen der Ersitzung und den Interdicten. Was die Ersitzung betrifft, so haftet der Fehler gewissermaßen an der Sache selbst, welche gestohlen oder geraubt worden ist. Er schadet sogar einem spätern Besitzer, der sie in gutem Glauben erworben hat, und nützt dem Eigenthümer, auch wenn die Gewalt oder der Diebstahl ursprünglich nicht gegen ihn gerichtet war. Die Möglichkeit der Ersitzung tritt nicht wieder ein, bis die Sache in die Hand des Eigenthümers zurückgelangt und dadurch der Fehler gewissermaßen getilgt worden ist. Dagegen

---

[1]) Einzelne Juristen (z. B. Duranton und Troplong) wollen die Klage auch gegen den dritten Besitzer zulassen, weil die Klage auf einem dominio præsumto beruhe (Zachariä-Anschütz I, 459).

[2]) Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse Bd. I, 24.

ist der Prätor mit Hinsicht auf die Interdicte weniger streng. Wer sich einer Sache heimlich oder gewaltsam bemächtigt, wird gleichwohl aller Welt gegenüber durch die Interdicte geschützt, nur steht demjenigen, welcher durch die heimliche oder gewaltsame Besitzergreifung beeinträchtigt worden ist, eine Einrede zu. Die Besitzfehler wirken also im Gebiete der Usucapion streng absolut, im Gebiete der Interdicte relativ. Die alte französische Jurisprudenz adoptirte die römische Doctrin betreffend die Interdicte, applicirte sie aber nicht bloß auf die Besitzklagen, sondern auch auf die Ersitzung. Das moderne Recht hingegen macht zwar ebenfalls keinen Unterschied zwischen der Ersitzung und der Verjährung, hat aber das Verhältniß geradezu umgekehrt: Die Besitzfehler wirken in beiden Richtungen absolut, oder mit andern Worten: ein gewaltsamer oder heimlicher Besitz ist in allen Beziehungen Jedermann gegenüber kraftlos. Die Strenge dieser Theorie wird indeß durch das in Art. 2233 neu eingeführte Princip wesentlich gemildert. Sobald der gewaltsam oder heimlich erworbene Besitz den Charakter eines friedlichen und öffentlichen Zustandes annimmt, fängt die Ersitzung an zu laufen und wenn vom Augenblicke dieser Umwandlung an ein Jahr verstrichen ist, so kann der Besitzer sogar gegen denjenigen, den er aus dem Besitze verdrängt hat, die possessorische Klage anstellen.

Was endlich das Precarium betrifft, so zeigt Demante, daß dieser Ausdruck im Code civil eine ganz andere Bedeutung hat als im römischen Rechte, wie denn überhaupt die römische Lehre von den Besitzfehlern durch den Code civil von Grund aus umgestaltet worden sei und nur mit der größten Vorsicht bei der Auslegung des Gesetzbuches zu Rathe gezogen werden könne.

§. 48.

Das Princip des französischen Rechts, daß der Besitz eines Grundstücks keinen Anspruch auf vollwirksamen Schutz haben solle, so lange er nicht ein Jahr lang gedauert habe, ist sehr sonderbar. Bruns [1]) bemerkt ganz richtig, daß die Gründe,

---

[1]) Besitz S. 448.

mit denen die französische Jurisprudenz diesen rein historisch zu erklärenden Satz legislativ zu rechtfertigen suche, sehr ungenügend seien. D'Epinay [1]) ist der Ansicht, daß die alte prescription annale sich einfach in den Schutz der possession annale umgewandelt habe, nachdem unter dem Einfluß des römischen Rechts eine längere Ersitzungsfrist zur Geltung gekommen sei. Aber zur Zeit, als noch der Besitz durch einjährige Dauer sich in Eigenthum umwandelte, war doch auch ein kürzerer Besitz nicht ungeschützt einem jeden Angriff Preis gegeben. Ein solcher kürzerer Besitz wurde durch die Verlängerung der Ersitzungsfrist in keiner Weise berührt. Es kann daher auch die gegenwärtige französische Gesetzgebung unmöglich aus der Geschichte der Ersitzung erklärt werden.

Weit befriedigender scheint mir die Art, wie Warnkönig [2]) das Räthsel zu lösen sucht. Es wurde im ältern Rechte zwischen dem Besitze, der Jahr und Tag gedauert hatte (saisine) und dem einfachen Besitze (possession, possessio momentaria) unterschieden. Die saisine verlor man nicht durch bloße Dejection, sondern nur durch Präscription von Jahr und Tag. So lange diese nicht eingetreten war, konnte der Dejicirte, ungeachtet er den Besitz verloren hatte, sich der complainte bedienen, indem er einfach sich darauf bezog, daß er in seiner saisine gestört sei. Wer hingegen aus der possessio momentaria verdrängt wurde, dem stand bloß eine persönliche Klage auf Wiederherstellung des Besitzes, la réintegrande, offen, während wohl die complainte, die sich auf Besitz von Jahr und Tag stützte, der Natur der Sache nach einen dinglichen Character haben mußte, da ja Jeder, der die Sache dem Kläger vorenthielt, ihn in seiner saisine störte. [3]) Später wurde dieses Verhältniß zwischen den

---

[1]) De l'influence du droit canonique etc. p. 189 sq.

[2]) Französische Rechtsgeschichte II, 308—315.

[3]) Hiemit ist Delbrück über die Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts im Mittelalter (S. 113) zu vergleichen. Was Delbrück von der Auffassung der possessio civilis und des interdictum uti possidetis im Mittelalter sagt, paßt ganz auf die saisine und die complainte des altfranzösischen Rechts. Auch wurde von den französischen Juristen selbst die complainte mit dem interdictum uti possidetis, die réintegrande

beiden Klagen nicht mehr recht verstanden, und so kam man dazu, dieselben auf unpassende Weise zu verschmelzen und die Bedingungen der complainte auch auf die réintegrande auszudehnen, wobei nothwendig eine bedeutende Lücke entstehen mußte, die sich indeß aus leicht zu erkennenden Gründen mehr in der Theorie als in der Praxis fühlbar macht.

§. 49.

Es ist nicht uninteressant, die neuenburgische Coutume, wie sie von Calame dargestellt wird, dem ältern französischen Rechte gegenüber zu stellen. Nach jener Coutume hat ein Besitz, der weniger als acht Tage gedauert hat, gar keine Bedeutung. Die Fortsetzung desselben kann von dem frühern Besitzer durch ein gerichtliches Verbot (défense) untersagt werden. Hat der Besitz länger als acht Tage, aber noch nicht Jahr und Tag gedauert, so steht dem frühern Besitzer immer noch eine possessorische Klage offen, und zwar scheint der ältere Besitz ganz im Sinne der Untersuchungen von Delbrück dem gegenwärtigen Besitze vorzugehen.[1]) Nach Jahr und Tag ist nur noch eine petitorische Klage möglich. Bei Mobilien hat der Besitz vom ersten Augenblicke an die gleiche Bedeutung wie der Besitz eines Grundstücks nach Ablauf von Jahr und Tag. (Was den letzten Satz betrifft, so verweise ich auf das oben §. 46 über das französische Recht Gesagte.)

Das Gesetz des Kantons Waadt stimmt mit dem französischen Rechte gänzlich überein (Code civil 1645 und Code de procédure civile §§. 397 und 398).

Das Civilproceßgesetz von Genf vom Jahr 1819 (Tit. XIX, §. 260 und 261) weicht einzig darin ab, daß es ausnahmsweise im Falle einer gewaltsamen Dejection eine Klage

---

mit dem interdictum unde vi verglichen. (Siehe auch Schäffner, Geschichte der Rechts-Verfassung von Frankreich III, 304.)

[1]) „Si la procédure qui s'instruit à la suite du plaintif (*le plaintif* = „l'action possessoire) met la preuve à la charge du plaignant, cette „preuve n'est que celle *de la meilleure possession* . . . . . Après „l'an et jour . . . . il ne suffit plus . . . . de prouver le fait d'une „*possession antérieure* . . . .“ (*Calame* 185.)

auf Restitution gestattet, wenn schon der Besitz noch nicht ein Jahr lang gedauert hatte.

Wallis (Civilproceßgesetz §§. 583—587) stimmt mit Genf überein und gestattet überdieß unter der bezeichneten Voraussetzung die Restitution selbst ohne Rücksicht darauf, ob der gewaltsam gestörte Besitz fehlerfrei gewesen sei oder nicht.

3. Die dingliche Klage (actio Publiciana).

§. 50.

Der französische Code civil gedenkt der actio Publiciana nicht ausdrücklich; auch ist diese Klage dem französischen Gerichtsgebrauch unbekannt. Der rheinische Appellationsgerichtshof hat sie in zwei Fällen zugelassen, in einem dritten verworfen.[1])

Eine dingliche Klage aus älterem Besitze im Sinne Delbrücks ließe sich auf die Vermuthung, daß der Besitzer Eigenthümer sei (oben §. 20 verglichen mit §. 4) gar wohl gründen. Es ist aber diese Consequenz aus jener Vermuthung bis jetzt weder von der Theorie noch von der Praxis klar und bestimmt hergeleitet worden. Doch sprechen sich mit Beziehung auf gestohlene und verlorene Sachen gewichtige Autoritäten dafür aus, daß der Ausdruck *revendiquer* im Art. 2279 ungenau gebraucht sei, indem der Kläger nicht sein Eigenthum, sondern bloß den Diebstahl oder das Verlieren zu beweisen brauche.[2])

Die Gesetzbücher der Westschweiz stehen ganz auf dem Boden des französischen Rechts. Einzig Freiburg macht eine Ausnahme und muß besonders hervorgehoben werden. Das freiburgische Gesetz hat zwar ebenfalls die Publiciana nicht in klarer und unzweideutiger Weise eingeführt, ungeachtet es sich sehr enge an das östreichische Gesetzbuch anschließt. Aber die sonderbare Redaction des von der Eigenthumsklage handelnden §. 539[3]) nöthigt beinahe zu der Annahme, daß der Gesetzgeber

---

[1]) Zachariä-Anschütz I, 554.

[2]) Renaud Zeitschrift f. R. W. des Auslandes XVII, 156. Delbrück 245.

[3]) La propriété d'une chose peut-être revendiquée de quiconque en est détenteur ou possesseur *sans cause légitime*.

nicht an die eigentliche Vindication, sondern an die dingliche Besitzklage und an eine Abwägung der Besitztitel des Klägers und des Beklagten gedacht habe. Denn dem Eigenthümer gegenüber muß doch jeder Besitzer weichen, gleichviel, ob er sich auf eine cause légitime stützen könne oder nicht.

§. 51.

Das östreichische Gesetz giebt dem rechtmäßigen Besitzer ausdrücklich eine mit der actio Publiciana verwandte dingliche Klage.[1] Die dießfälligen Vorschriften sind zunächst fast wörtlich in das luzernische Gesetzbuch (§§. 259 und 260) und sodann — etwas stärker modificirt — auch in das zürcherische (§§. 516 und 517) übergegangen. Doch beschränken sich Luzern und Zürich darauf, im Allgemeinen den Grundsatz auszusprechen, daß bei Gleichheit des Titels der Kläger abgewiesen werden müsse, ohne irgendwie die Principien anzudeuten, nach denen die relative Güte der beidseitigen Besitzesgrundlagen zu würdigen sei. In dieser Richtung scheint also die Wissenschaft und die Praxis sich frei bewegen zu dürfen.

Wenn freilich die Entstehungsgeschichte der beiden Gesetzbücher maßgebend wäre, so müßte wohl bei Luzern das östreichische und bei Zürich das römische Recht zur Auslegung zu Hilfe genommen werden. Namentlich unterliegt es nicht dem mindesten Zweifel, daß die zürcherische Gesetzes-Revisions-Commission bei Feststellung der §§. 516 und 517 sich ganz unter dem Einflusse des römischen Rechtes befunden hat. Der ur-

---

[1]) §. 372. Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthums einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat, so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten. §. 373. Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt; wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder wenn er die Sache ohne Entgeld, der Kläger aber gegen Entgeld erhalten, so muß er dem Kläger weichen. §. 374. Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebührt dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug.

sprüngliche Entwurf (§. 843) schrieb die Abweisung des Klägers nur für den Fall eines bessern Besitzrechtes des Beklagten vor. Dieß wurde dann im Hinblicke auf die für die actio publiciana geltenden Grundsätze dahin abgeändert, daß nicht nur bei besserem, sondern auch bei gleichem Besitzrecht dem Beklagten der Vorzug gebühre. Dabei waltete allerdings die Meinung ob, daß der Beklagte ein gleiches Besitzrecht habe, sobald er ebenfalls justa causa und bona fides für sich geltend zu machen im Falle sei.

Bei dieser Auffassung wäre die Wirksamkeit der dinglichen Besitzrechtsklage in die allerengsten Grenzen eingeschlossen, und es würde das jetzige Gesetz trotz dieses neu eingeführten Rechtsmittels das präsumtive Eigenthum in geringerem Maße schützen als die frühere Praxis, welche dem Kläger schwerlich die probatio diabolica zugemuthet und jedenfalls von dem Bestohlenen nur den Beweis des Diebstahls, nicht denjenigen des Eigenthums verlangt haben würde; giebt es doch sogar Romanisten, welche einer Erleichterung der Vindication das Wort reden! [1])

Ich glaube nun aber, mich keiner Ketzerei schuldig zu machen, wenn ich bloß den Text des Gesetzes und nicht die Anschauungsweise der Behörden, welche denselben abgefaßt haben, als bindend betrachte, und demnach dem Manne der Wissenschaft sowohl als dem Richter die Befugniß vindicire, selbstständig zu entscheiden, welche Momente ein gleiches oder besseres Besitzrecht auf Seite des Beklagten bedingen. Ich bin namentlich ganz entschieden der Ansicht, daß man dem Gesetze, wie dasselbe nun einmal vorliegt, gar keine Gewalt anthue, wenn man bei jenem Entscheide nicht von dem abstracten Begriffe des rechtmäßigen und redlichen Besitzes ausgeht, sondern unter Berücksichtigung der concreten Verhältnisse untersucht, welche der beiden Parteien die Präsumtion des Eigenthums für sich habe. Hiebei kommt man fast nothwendig dazu, der dinglichen Klage gegenüber nur diejenigen Einreden zuzulassen, welche Delbrück in §. 66 seines Werkes zusammengestellt hat.

---

[1]) Brinz, Pandekten, I, 246.

Ein näheres Eingehen auf die Combinationen, welche überhaupt vorkommen können, wird dieß sofort klar machen.

1. A besitzt eine Sache rechtmäßig und redlich. Sie wird ihm von B gestohlen. C kauft sie von B in gutem Glauben. Hier hat C offenbar einen schlechtern Titel als A, weil es feststeht, daß ihn B nicht zum Eigenthümer gemacht hat. Wenn nun die Sache durch noch so viele Hände an Z gelangt, so klebt dem Titel eines jeden Nachmanns von B immer das gleiche Gebrechen an, so lange dasselbe nicht durch die Ersitzung (die in Zürich, aber nicht in Luzern, an gestohlenen Sachen möglich ist) als beseitigt erscheint. 2. C hat die Sache in gutem Glauben von B gekauft; der hinwiederum behauptet, sie von A gekauft zu haben. So lange diese letztere Behauptung nicht erwiesen ist, steht der Titel des C und aller seiner Rechtsnachfolger bis auf Z demjenigen des A nach. Denn damit C oder Z als Eigenthümer betrachtet werden kann, muß (abgesehen von der Ersitzung) zweierlei vorausgesetzt werden: a) daß A Eigenthümer gewesen sei und b) daß A die Sache an B veräußert habe. 3. Alle Fälle, in denen der Beklagte Z dem aus älterem Besitze klagenden A gegenüber auf den gegenwärtigen Besitz sich stützt, fallen nothwendig unter eine dieser beiden Combinationen. Daher muß Z dem A nachstehen, wenn er nicht entweder auf die Ersitzung sich stützen oder den Nachweis leisten kann, daß das Streitobject von A veräußert worden sei. Es ist aber immerhin noch gedenkbar, daß Z sich auf einen frühern Besitz stützen kann, der älter ist als derjenige des A. Z. B. Z hat einen Hund von X gekauft, der ihm von Y gestohlen und an A verkauft wird, später aber wieder seinem frühern Herrn Z zuläuft. In diesem Falle kommt dann hinwiederum die Präsumtion dem Beklagten zu Statten.

Daß der Eigenthümer selbst jedem Besitzer vorgeht, braucht nicht erst gesagt zu werden. Wo der Beweis des Eigenthums geführt wird, bleibt für Präsumtionen kein Raum mehr übrig. Ebenso ist es wohl nicht nöthig, zu erinnern, daß die dingliche Besitzklage den gleichen Beschränkungen unterliegt, wie die Eigenthumsklage selbst, daß also z. B. die Einrede des anvertrauten

Gutes der erstern eben so gut entgegensteht, wie der letztern (§. 517 Zürich).

§. 52.

Das zürcherische Gesetz (§. 516) giebt die dingliche Besitzrechtsklage nicht bloß dem Besitzer mit animus domini, sondern jedem redlichen und rechtmäßigen Besitzer, insofern das seinem Besitze entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird. Hier sind folgende Combinationen möglich: 1) A macht ein Pfand- oder Nießbrauchsrecht an einer in der Hand des C befindlichen Sache geltend. Er stützt seine Klage darauf, daß dieses Recht zu seinen Gunsten durch den Eigenthümer der Sache B constituirt worden sei. C bestreitet das Eigenthum des B. Unter der Voraussetzung nun, daß B mit Erfolg die Publiciana gegen C anstellen könnte, genügt auch für A der Beweis, daß B bei Bestellung des streitigen dinglichen Rechts redlicher und rechtmäßiger Besitzer der Sache gewesen sei.

2) A behauptet, daß C selbst ihm das Pfandrecht oder den Nießbrauch bestellt habe. Für diese Behauptung hat er natürlich den Beweis zu leisten, und um diesen Punkt wird sich der ganze Streit drehen. Unter keinen Umständen kann A seine Klage auf die bloße Thatsache des ältern Besitzes gründen. Im Sinne des Gesetzes bilden Besitz, Titel und guter Glaube zusammen das Fundament der Klage.

Streng genommen kann man daher von einer Ausdehnung der Publiciana über den Eigenthumsbesitz hinaus nicht sprechen, sondern bloß sagen, daß der Pfandgläubiger und der Nutznießer die Publiciana gewissermaßen als Stellvertreter des Eigenthumsbesitzers anzuheben berechtigt seien.

§. 53.

Das solothurnische Gesetz legt dem Vindicanten im §. 707 den Beweis auf, „daß er die Sache auf gültige Art „erworben habe;" eine Redaction, welche es zweifelhaft läßt, ob bloß ein tauglicher Titel oder überdieß das Eigenthum des Autors dargethan werden müsse.

Das aargauische Gesetz enthält gar keine Vorschrift, die unsere Materie beschlagen würde. Hingegen bleibt mir nun noch übrig, das bernische Gesetzbuch etwas näher in's Auge zu fassen. Eine ausdrückliche Anerkennung der Publiciana (wie in Oestreich §. 372, Luzern §. 259 und Zürich §. 516) findet sich in demselben nicht. Hingegen scheinen die Art. 410 und 411 [1]) durch ihre Fassung anzudeuten, daß von dem Vindicanten kein strenger Beweis des Eigenthums zu verlangen sei. Bei unbefangener Betrachtung des Art. 410 wird man kaum verkennen können, daß der Sieg des Klägers nicht von einem absolut vollkommenen Erwerbsgrund, sondern bloß von einem Titel, der besser ist als derjenige des Beklagten, abhängig gemacht wird. Und im Art. 411 ist in ganz unzweideutiger Weise das Prinzip, auf welchem die deutsche Klage aus älterem wider Willen verlorenem Besitze beruht, ausgesprochen. Die Klage geht gegen jeden Inhaber der Sache und der Kläger braucht nicht das Eigenthum, sondern nur den Diebstahl zu beweisen. In diesem Sinne wird denn auch das Gesetz von Schnell (Commentar zu Art. 410 und 411) verstanden. Leuenberger hingegen [2]) bemüht sich, darzuthun, daß die fraglichen Vorschriften Eigenthum als Klagegrund voraussetzen. Ich brauche aber mit diesem Schriftsteller, dessen Autorität ich gerne anerkenne, um so weniger zu streiten, da er dem Kläger die Wahl läßt, zwischen der Vindication und der Klage aus dem bessern Rechte zum Besitze. Diese Klage, die er in Bd. I, S. 466 u. f. definirt, ist nichts Anderes als die Publiciana in modernem Gewande, oder Delbrücks Klage aus älterem Besitze. Leuenberger stützt die Zulassung dieses Rechtsmittels, gegen welches von andern bernerischen Juristen Einsprache erhoben

---

[1]) 410: Weist der Besitzer, welcher mit der Eigenthumsklage angegriffen wird, einen gleich guten Titel vor wie der Kläger, so soll dieser Letztere abgewiesen werden. 411: Auf eine entwendete Sache kann Niemand einen gültigen Titel erwerben, bis sie wieder in den Besitz desjenigen gekommen ist, dem sie entwendet werden. Dieser hat das Recht, jeden Inhaber derselben zu der Auslieferung der ihm entwendeten Sache anzuhalten.

[2]) Vorlesungen II, 226—231.

wird, nicht auf irgend eine gesetzliche Vorschrift, sondern bloß auf das practische Bedürfniß. Ich erblicke hierin einen neuen Beleg dafür, wie sehr der Vorzug des ältern Besitzes den Interessen des Lebens entspricht und wie tief er selbst unbewußt in unserer Anschauungsweise wurzelt.

4. Der Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

§. 54.

Die Lehre vom Fruchterwerb des redlichen Besitzers gehört strenge genommen eben so gut wie die Vorschriften betreffend die Ersitzung in den von dem Eigenthum handelnden Abschnitt. Sie wird zwar von unsern Gesetzbüchern (diejenigen der Westschweiz ausgenommen) mit dem Besitze zusammengestellt; ich erlaube mir aber dessenungeachtet, sie hier mit Stillschweigen zu übergehen und nur einen einzelnen Punkt, der mir besonders interessant zu sein scheint, hervorzuheben.

Nach der Theorie von Savigny gehen die Früchte erst durch die Ersitzung in das Eigenthum des bonæ fidei possessor der Hauptsache über. Es versteht sich daher ganz von selbst, daß im Falle der Vindication die Früchte der Hauptsache folgen. Wenn der redliche Besitzer nicht angehalten werden kann, den Werth der verzehrten Früchte zu ersetzen, so erklärt sich dieß einfach aus der billigen Rücksicht auf seinen guten Glauben, keineswegs aus den Eigenthumsverhältnissen.

Die meisten neuern Schriftsteller sprechen sich gegen diese Ansicht aus, die allerdings mit den Quellen kaum in Einklang gebracht werden kann. Man ist nun gegenwärtig so ziemlich allgemein darüber einverstanden,[1]) daß der bonæ fidei possessor die Früchte durch die bloße Separation gerade so erwirbt, wie wenn er Eigenthümer der Hauptsache wäre. Die Früchte sind bis zu ihrer Trennung von der Hauptsache nichts Anderes als ein Theil derselben; nachher aber gelten sie mit Grund als eine durchaus neue und selbstständige Sache, die als solche noch nicht

---

[1]) Dagegen Windscheid, Zeitschrift für Civil-Recht und Proceß. N. F. IV, S. 58.

im Eigenthum irgend einer Person sich befunden hat, und sie fallen dem redlichen Besitzer zu, weil sie gewissermaßen durch seinen Willen zur Existenz gelangt sind. Die Hauptsache ist in der Hand des Besitzers ein Werkzeug der Production, das er vermöge seines guten Glaubens nach Belieben in Bewegung setzen oder ruhen lassen kann. Aus dem Gesagten folgt, daß der bonæ fidei possessor die Früchte nicht zu ersitzen braucht und daß er sie nicht ersitzen kann, eben weil sie ihm bereits gehören. Wenn er sie veräußert, gehen sie unbedingt in's Eigenthum des Erwerbers über. Wenn er sie verbraucht, ist er Niemandem dafür verantwortlich. Sind sie aber zur Zeit der Vindication noch verhanden, so gehören sie zur omnis causa und sie müssen von dem Beklagten in Folge einer ihm von dem Richter vermöge seines officium aufzulegenden Obligation dem Kläger restituirt werden. Was nun unsere Gesetze betrifft, so stimmen sie alle darin überein, daß die Früchte, sobald sie losgetrennt oder wenigstens sobald sie eingesammelt sind, unbedingt dem redlichen Besitzer gehören sollen und daß zwischen den bei Einleitung der Vindication schon verzehrten und den noch vorhandenen Früchten kein Unterschied zu machen sei. Die dießfällige Distinction des römischen Rechts ist offenbar für die moderne Anschauungsweise zu subtil. Wenn einmal aus Gründen der Billigkeit das Eigenthum an den Früchten demjenigen zugesprochen wird, der sie in gutem Glauben mittelst der Hauptsache producirt hat, so vermögen wir nicht einzusehen, mit welchem Grunde der Eigenthümer dieser Producte angehalten werden kann, dieselben dem Vindicanten der Hauptsache herauszugeben und warum der rein zufällige Umstand, daß die Früchte im einen Falle noch vorhanden, im andern aber veräußert und verzehrt sind, dem redlichen Besitzer schaden oder nützen soll.

§. 55.

Im zürcherischen Gesetze (§. 509) findet sich eine Modification des oben aufgestellten Princips, nach welcher der redliche Besitzer ausnahmsweise angehalten werden kann, die vorhandenen Früchte herauszugeben, ja sogar die verzehrten zu ersetzen, wenn und so weit er sonst auf unbillige Weise sich bereichern

würde. Zur Erläuterung des gesetzgeberischen Gedankens führt Bluntschli in seinem Commentar zu §. 509 folgendes Beispiel an: „Der redliche Besitzer hat in gutem Glauben, daß er Erbe „sei, einen Weinberg eben vor dem Herbst in den Besitz genom„men, Weinlese gehalten und den Wein verkauft. Kurze Zeit „nachher ergiebt sich, daß ein näherer Erbe da sei und er muß „das Gut an diesen herausgeben. Da wäre es ein übermäßiger, „mit der Dauer seines Besitzes außer Verhältniß stehender Ge„winn, wenn er den ganzen Jahresertrag behalten könnte." Dieses Raisonnement scheint mir ganz einleuchtend zu sein. Schwieriger aber ist die Anwendung des Gesetzes in denjenigen Fällen, in denen der Besitzer die Sache auf onerose Weise erworben hat. Es entsteht hier die Frage, ob er als bereichert gelten könne, wenn zwar der Erlös aus den Früchten die Productionskosten weit übersteigt, dagegen der Ankaufspreis verloren geht, weil der Verkäufer, der für die Eviction einzustehen hat, zahlungsunfähig ist. Ich neige mich zu der Ansicht hin, daß nicht bloß der Reinertrag des Betriebs, sondern das finanzielle Ergebniß des Geschäfts in seinem ganzen Umfange in's Auge zu fassen sei und daß, wenn das letztere sich als ungünstig herausstellt, die in den meisten Rechtssystemen unbedingt geltende Regel, nicht die einzig in dem zürcherischen Gesetze vorkommende Ausnahme Anwendung finde. So ist wohl auch der Commentar zu §. 509 zu verstehen, wenn er sagt, die Ausnahme dürfe nur da gemacht werden, wo die Unbilligkeit eines ungeeigneten Gewinnes klar vorliege.

§. 56.

Einen schroffen Gegensatz zu allen andern mir bekannten modernen Gesetzgebungen bildet das englische Recht. Nach diesem gehören nicht nur die Früchte unbedingt dem Eigenthümer der Hauptsache, sondern es muß sogar der redliche Besitzer den ganzen Ertrag (the mesne profits), den das Gut in den letzten sechs Jahren [1]) geliefert hat, herausgeben und so weit derselbe

---

[1]) Weiter zurückzugreifen, hindert das Gesetz betreffend die Verjährung (the statute of limitations).

verzehrt ist, ersetzen. Hierin liegt eine schreiende Härte gegen den Besitzer, der seine ganze Lebensweise mit dem Einkommen, das er zu haben glaubte, in Einklang gebracht hat. Diese Härte ist um so unbilliger, da in den meisten Fällen die Verwicklung, aus welcher sich der Streit entspinnt, nicht dem redlichen Erwerber, sondern dem Eigenthümer des Streitobjects zur Schuld angerechnet werden muß. Wenn der Vindicant die Hilfe eines s. g. Billigkeitsgerichts nöthig hat, um durchzudringen und ihm Nachlässigkeit zur Last fällt, so kann er allerdings genöthigt werden, die verzehrten Früchte dem Beklagten ganz oder theilweise zu überlassen. Eine solche Einmischung der Billigkeitsgerichtsbarkeit ist aber ganz unstatthaft, wenn der Vindicant gestützt auf die Principien des common law bei den ordentlichen Gerichten und mittelst des regelmäßigen Verfahrens sein Eigenthum darzuthun vermag. [1])

Das schottische Recht giebt dem redlichen Besitzer die Früchte, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer Nachlässiigkeit zur Last falle.

V. Der Verlust des Besitzes.

§. 57.

Ueber den Verlust des Besitzes kann ich sehr kurz weggehen, da unsere Gesetzbücher über diese Materie keine irgend erhebliche Ausbeute gewähren. Eine bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit erblicke ich bloß in einer den Besitz von Grundstücken betreffenden Vorschrift des zürcherischen Gesetzes. [1]) Dieselbe ist dem römischen Rechte entlehnt, steht aber ganz vereinzelt da. Nach der französischen Jurisprudenz, welche die Praxis der Westschweiz

---

[1]) Mein englischer Civil-Proceß §. 74. Blackstone III, 205.

[1]) Zürich §. 525: Damit der Besitz an einem Grundstücke verloren gehe, genügt es nicht, daß ein Anderer sich desselben bemächtige, sondern es muß hier der bisherige Besitzer von dieser Veränderung Kenntniß erhalten und versäumt haben, diese Herrschaft des Andern ohne Verzug zu beseitigen.

beherrscht, ist die Regel „solo animo retinetur possessio“ auch bei Grundstücken nicht anwendbar. Für das bernerische Recht spricht sich Leuenberger [1]) ganz unbedingt, ohne zwischen Immobilien und Mobilien zu unterscheiden, dahin aus, daß der Besitz einer Sache verloren gehe, sobald ein Anderer sich derselben bemächtige. Es ist kaum anzunehmen, daß in Luzern, Aargau oder Solothurn eine von der bernerischen abweichende Doctrin sich gebildet habe. Ohnehin entspricht dieselbe der Tendenz des modernen Staatsrechts besser als das zürcherische Gesetz, welches gewissermaßen den dejicirten Besitzer zur Selbsthilfe einladet.

---

[1]) Vorlesungen I, 471.